DERECHO PROCESAL III

Juicio Ordinario de Mayor Cuantía

I. Fase de discusión en el juicio ordinario

1.- Lo principal y lo accesorio: La referencia a la cuestión principal y a las diversas cuestiones accesorias se repite en distintos pasajes de la ley procesal; basta tener en vista el art 158 CPC y se constatará que una de las principales divisiones que se hace entre resoluciones judiciales tienen en cuenta si lo que se falla corresponde a la cuestión principal o a una cuestión accesoria.

Otro tanto ocurre con los art 232 y siguientes CPC que también establecen diferencias para el cumplimiento o ejecución de cuestiones principales o accesorias. Mírese, por otro lado, la regla general de competencia de la extensión y se concluirá como se da un tratamiento especial a las cuestiones accesorias que deben seguir la suerte de lo principal. Igual cosa ocurre con el cumplimiento de las resolución sujetas a recurso de apelación, por lo general ampliamente franqueda para las cuestiones accesorias (art 194 núm. 2 CPC), y notoriamente más restringida en el caso de la cuestión principal, particularmente si se trata de una resuelta en el marco de un procedimiento declarativo art 194 núm. 1 CPC..

¿Qué es una cuestión principal? La cuestión principal se define por referencia al objeto del proceso, es decir, el asunto central sobre el cual el proceso recae. Al decir central sugerimos de paso que el proceso tiene otros objetos, pero que no versan sobre el conflicto matriz para cuya solución el proceso es útil. No se originan en la demanda, sino que surgen con ocasión de ella. A estos objetos se les llama cuestiones accesorias, y tienen una tramitación que comparte la misma estructura de la principal, en cuanto reconocen una etapa de discusión, prueba y sentencia, pero cada una de ella es más abreviada en comparación a la que recibe la principal. Convendrá aclarar que, no por ser accesorios estos asuntos son insignificantes, al contrario, suelen ser muy importantes, tanto que a veces de su resolución depende nada menos la subsistencia misma del proceso (vr.gr. incompetencia, implicancia, falta de capacidad de las partes), pero ello no los transforma en el objeto central del pleito. Ellos orbitan en torno a él.

Volveremos sobre este punto más adelante.

2.- La fase de discusión en el juicio ordinario y el objeto del proceso

a) Tramitación

El juicio ordinario de mayor cuantía, reglado entre los artículos 252 a 433 del CPC, contempla una tramitación compuesta por la demanda, la contestación (ésta podría incluir la reconvención), réplica, dúplica.

Esta tramitación está diseñada para sustanciar la cuestión principal de pleito, que tiene un contenido muy particular, y que sólo viene resuelto por la sentencia definitiva, de allí que el artículo 158 CPC, llegado el momento de definir a esta última indica que se aquella "*que pone fin a a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio*".

Las cuestiones accesorias que pueden suscitarse durante el juicio reciben una tramitación alternativa, que puede ser una ordinaria, prevista para todos los incidentes en general (art 82-91 CPC), o bien una especial, pevista para una específica categoría de incidente (92-157 CPC)

b) Definición del objeto del proceso

Vamos a definir el objeto principal del proceso utilizando una norma que comprende sus aspectos más determinantes , nos referimos al artículo 254 del CPC, que contiene las exigencias o requisitos de la demanda. Así entonces, el objeto del proceso se puede definir del siguiente modo: a) Es una pretensión de tutela (núm.5 254), b) fundada en una cierta selección de hechos que satisfacen supuestos de una una o más normas de Derecho (núm.4 254), c) que dirige un sujeto llamado actor

(núm.2 254) d) en contra de otro individuo llamado demandado (núm.3 254) e) frente a un tercero imparcial llamado juez (núm.1 254).

c) Composición del objeto del proceso.

El aspecto central del objeto del proceso son los **hechos que sustentan la pretensión de tutela**. Nótese que no son hechos expuestos al azar. Se trata de unos cuidadosamente escogidos por el demandante para satisfer los supuestos de una norma jurídica de manera de beneficiarse de los efectos jurídicos que ella contempla. A estos hechos alude el artículo 177 del CPP cuando define la causa de pedir como: "*El fundamento inmediato (o sea los hechos) del derecho deducido en juicio*". Esto es así por los hechos son los elementos generadores del derecho. Los derechos objetivos están compuestos de hipótesis fácticas.

Dos preguntas surgen en este punto: a) ¿el fundamento de hecho de las exepciones perentorias (art. 309 núm.3 CPC) forma parte del objeto del proceso y b) ¿el Derecho forma parte del objeto del proceso?

Se dice por algún sector de la doctrina (Montero Aroca) que el demandado no forma el objeto del proceso. Él se limita a cerrar la discusión en torno al objeto del proceso que propone el actor. El demandado no propone un objeto, él simplemente se involucra defensivamente con aquél cuyos contornos ha definido el demandante. Otros (Carocca Perez[1]) sostienen que el demandante sólo contribuye con una fracción del objeto de proceso, la otra mitad la aporta el demandado con los hechos que fundan su defensa y la petición de rechazo de la demanda.

En cualquier caso, sea que el objeto del proceso lo forme exclusivamente el actor con su demanda, o bien este último sea un compuesto que comprenda los hechos de la demanda y los que alegue el demandado al contestarla, lo cierto es que el objeto del proceso representa un límite para el juez. Esto significa que el juez no puede excederlo, ni tampoco puede defraudarlo, o sea, no puede fallar menos. En el primer caso (si lo excede) falla ultra petita, y en el segundo, incurre en infra petita, vicios ambos corregibles por conducto de la casación en la forma, según lo establecido en el artículo 768 número 4 y 5 CPC. Sólo por excepción se permite al juez fallar menos de lo pedido por las partes cuando el acogimiento de una petición resulte incompatible con otra previamente aogida por el juez. De lo contrario incurriría en un tercer vicio, consistente en que la sentencia contenga decisiones contradictorias, hipótesis cubierta por la causal 7º del artículo 768 CPC. El deber que tiene el juez de respetar el objeto del proceso se llama deber de congruencia. Existe en el mundo civil y penal. En este último caso, quien forma el objeto del proceso es el fiscal del Ministerio Públio al formalizar la investigación.

En cuanto al Derecho se dice que no forma parte del objeto del proceso. Sólo los hechos vinculan al juez (iura novit curia), no el Derecho. En otras palabras, el juez podría apartarse de las calificaciones jurídicas que formulan las partes. Pese a lo dicho, la doctrina advierte que los litigantes esgrimen hechos que tienen su fuente en normas de Derecho y por referencia a los supuestos necesarios para que se produzcan los efectos que ellas consultan. Esa selección de normas cuyos supuestos de hecho intentan demostrar las partes para obtener de ellas un benefico importa una opción. Se alegan unos hechos, pero de paso se descartan otros, en el entendido que ellos no cubren o no surten el efecto deseado por el litigante, o no son funcionales a su pretensión. Con ello se instala una limitación para el sentenciador, ya que el juez, que bien puede darle a los hechos una calificación jurídica distinta de la indicada por las partes, debe cuidarse de no escoger normas que descansen en supuestos de hecho no alegadas por las partes, de lo contrario estaría excediendo el objeto fáctico propuesto por las partes, incurriendo en un vicio de casación en la forma conocido como la *ultra petita* 768 núm. 4 CPC. En otras palabras, conforme a este entendimiento, el Derecho, sí forma del objeto del proceso (Hunter Ampuero).

d) Quién propone el objeto del proceso

Por regla general el objeto del proceso surge por impulso del demandante, el demandado discurre en torno a él oponiendo excepciones de fondo. Otros, ya vimos, creen que el objeto se forma como resultado del desencuentro entre la acción y la pretensión. En cualquier caso, se trata de un

[1] CAROCCA PÉREZ, A., *Manual de drecho procesal. Procesos declarativos*, t.II.(lexis Nexis 2003) P.75

asusnto entre partes. El juez por su lado no puede instalar un objeto del proceso por su cuenta. Él se ecuentra limitado por el principio de pasividad de los tribunales. Empero la regla en comento admite una excepción. Se trata de aquellas declaraciones de oficio que el juez esta facultado para hacer de manera oficiosa (art 170 CPC), ejemplo típico del cual es a nulidad absoluta.

Aquí resulta pertinente intercalar esta pregunta: ¿las medidas para mejor resolver del artículo 159 habilitan al juez para sumar un objeto del proceso no alegado por las partes? Esta interrogante merece una respuesta negativa. Las medidas en cuestión son de orden probatorio, su propósito central es aclarar las dudas que la prueba rendida por las partes deja al juez al momento de sentencia. Con auxilio de ellas, y so pretexto de aclarar dudas sobre la prueba rendida, no puede incorporarse un objeto del proceso distinto del que viene definido en la demanda.

e) Cuántos objetos principales tiene un proceso.

La regla general es que el proceso esté compuesto por un objeto principal que surgirá de los términos en que venga propuesta la demanda. Este es el objeto principal originario.

Pese a lo dicho es posible que el objeto del proceso se multiplique en el devenir del juicio. En ese último caso estaremos entonces en presencia del objeto principal derivado del pleito. Tal cosa ocurre en los siguientes casos: a) la demanda reconvencional b) la acumulación de autos (procesos) c) la tercería de exclusión.

La reconvención es la demanda que entabla el demanado en contra del actor, y como es suponer, su interposición suma un objeto principal adicional al que dio origen al pleito. La acumulación de autos es un procedimiento incidental especial que pemite acoplar dos procesos que se tramita por separado en uno solo. Para su acogimiento se requiere que los procesos tengan en común factores que la ley señala, y en el evento de que se haga lugar al mismo, operará un aumento en el objeto incial del pleito. Finalmente, la tercería de exclusión es aquelal por la cual un tercero fomula un derecho o interés incompatible con las partes directas u originarias del juicio, quienes a partir de ese momento pasan a ser demandados.

La tercería recibe tramitación incidental y supone que el tercero debe aceptar todo lo obrado antes de incoporarse al juicio en actual tramitación. Desde esta perspectiva se produce una distorción de la tramitación que sería deseable tuviera el asunto principal que propone el tercero. A este último le resulta más conveniente entablar un juicio por separado contra las partes originarias del juicio y luego pedir la acumulación de autos logrando acoplar los objetos del proceso original y derivado sin las limitaciones que supone una tercería de exclusión sometido a tramitación incidental.

f) Instancia en la que se forma y debate el objeto del proceso.

Por regla general el objeto del proceso se forma en la primera instancia, específicamente en la demanda. La segunda instancia no es un grado previsto para sumar otro objeto al pleito. Esta regla admite como excepción la posibilidad que el juez, dentro de la facultad que tiene para hacer declaraciones de oficio, instale la cuestión de la nulidad absoluta en segunda instancia, posibilidad que está permitida con arreglo a lo previsto en el artículo 209 del CPC.

La primera instancia es, además, el momento en que se suscita el debate en torno a los hechos y el derecho que componen el objeto del proceso. Los trámites diseñados con ese fin son el escrito de demanda, contestación (reconvención) , réplica y dúplica.

Pese a lo dicho, el legislador permite que el debate en torno a los hechos que sustentan el objeto del proceso se extienda más allá de la contestación de la demanda, incluso autoriza que tal cosa ocurra en segunda instancia, sin que por ello se forme, como ya se dijo, un segundo objeto, tan sólo se trata de conferir la posiblidad de instalar un debate sobre el objeto principal del proceso después de su etapa normal.

Esta situación excepcional se produce por aplicación del artículo 310 del CPC, que consagra las denominadas por la doctrina excepciones extraordinarias, constituidas por el pago, la prescripción, la transacción y la cosa juzgada, que como vemos, inciden en la extinción del derecho cuyo reconocimiento plantea el demandante por alguna de estas vías extintivas mencionadas.

g) Objeto del proceso y objeto de prueba

El objeto de prueba termina siendo una fracción del del objeto del proceso. En efecto, el objeto de prueba está por los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos que emerjan de los actos principales de la fase de la discusión, particularmente en la demanda, y según otros, en la combinación de esta y la contestación de la demanda. Si bien es posible que el demandante se encuentre obligado a probar todos los extremos fácticos de su demanda, como cuando el demanado niega los hechos, o bien cuando incurre en rebeldía, caso en el cual se estima que niega los hechos de la demada, ello no siempre es así. En otras palabras, bien pudiera ocurrir que hubiera una admisión parcial de los hechos contenidos en la demanda, o estos fueran públicos y notorios, o en fin, resultaran impertinentes, evento en el cual, pese a dar forma al objeto del proceso, no foran parte del objeto de prueba.

En otras palabras, una cosa es objeto del proceso, y otra distinta el objeto controvertido del proceso, que termina siendo el objeto del prueba

h) Objeto del proceso sujeto a apelación

Arriba vimos como es posible que el objeto de prueba sea más estrecho que el objeto del proceso. En aras de la claridad cabría decir que el objeto originario del proceso puede serguir encogiéndose. Tal ocurre en el evento que opere un rercurso de apelación contra la sentencia definitiva. El recurso de apelación bien puede limitar el objeto sujeto a revisión, de manera que la Corte, si bien tiene facultades para pronunciarse sobre los aspectos de hecho involucrados en a causa (de allí que actúe en el marco de una instancia) quedan reducidos a los comprendido en el recurso de apelación. De lo contrario la Corte fallaría ultrapetita.

i) El objeto del proceso en un ejemplo

Pongamos un ejemplo a modo de resumen:
La ley: La ley establece que el comprador está obligado a pagar el precio y el vendedor a entregar la cosa.
El demandante: Ticio vendió un Apple watch a Cayo y todavía no recibe el precio. Ticio afrmará que entrego ese reloj. Dirá que ello se documentó en un contrato, que hay correos electrónicos en que se convino el precio. Dirá que hay un reporte de Chileexpress dando cuenta de entrega. Terminará pidiendo que se condene a Cayo a pagar el pecio o a devolver el reloj.
Demandado: Cayo afrmará que han transcurrido dos años desde la entrega. La obligación está precrita.
El objeto: El incumplimiento de la compraventa del iwatch/ prescrita por el paso del tiempo

2.- Los Incidentes:

2.1. Concepto: Los incidentes son cuestiones accesorias al juicio que requieren especial pronunciamiento del tribunal con audiencia de partes (art 82 CPC).

2.2. Elementos: Son elementos de los incidentes los siguientes:
a) Que sea una cuestión accesoria: Mucho de lo que arriba se dijo se aplica aquí. Una cuestión accesoria puede definirse negativamente diciendo que es toda aquella que no constituye la cuestión principal, y la cuestión principal, según arriba se dijo, es aquella que constituye el aspecto central del pleito del pleito.

Puesto que las cuestiones accesorias no dicen relación con el aspeto central del pleito, ninguna de ellas tienen la eficacia de enervar o destruir la acción deducida. A lo sumo pueden socabar el proceso, pero nunca la acción deducida. En otras palabras, el acogimiento de una cuestión accesoria deja indemne el derecho material del actor. En el mejor de los casos generan cosa juzgada formal, no así una material.

Ahora bien, no puede confundirse la tramitación que recibe un asunto, con la naturaleza de la resolución que le pone fin. Lo frecuente será que el legislador someta la tramitación del asunto principal a una ritualidad de lato conocimiento en sus fases de discusión y prueba, pero bien pudiera ocurrir que, por razones de economía procesal, decida darle tramitación incidental. En tal evento, pese a que el asunto reciba tramitación incidental, la sentencia que le ponga fin recaera sobre el objeto del proceso, y deberá reputarse como sentencia definitiva, y no una interlocutoria. Así ocurre con las

excepciones mixtas y extraordinarias, las cuales, pese a que se tramitan como incidente, conducen a una sentencia definitiva.

Una sentencia definitiva es tal cuando falla el objeto del proceso, y no por la tramitación que conduce a su dictación.

b) Requiere especial pronunciamiento del juez: Esto significa que el tribunal debe emitir fallo sobre la cuestión accesoria tan pronto esta se presente y de manera autónoma de la principal. La aparición de una cuestión accesoria no debe esperar la suerte de lo que ocurra con la principal. Muy al contrario, en ocasiones, dependiendo de la naturaleza de la cuestión accesoria que se promueva, es la cuestión principal la que debe esperar que se resuelva el incidente. De allí que a estos se los conozca como incidentes de previo y especial pronuciamiento (vr.gr: incompetencia).

En ocasiones, sin embargo, el fallo de ciertas cuestiones accesorias pueden quedar postergadas para la sentencia definitiva. Así ocurre con las tachas que se formulan respecto de los tstigos del juicio. Estaremos en tal caso frente a una sentencia que se pronuncia en un solo acto sobre la cuestión principal y ciertas cuestiones accesorias.

c) ¿Con audiencia de partes? El art 82 CPC define a los incidentes incluyendo como uno de sus elementos o componentes el que para emitir fallo sobre el mismo se hace necesario resolver “con audiencia de partes”. Bien sabemos que la expresión audiencia no está utilizada en este artículo como sinónimo de convocatoria o citación a un lugar, o de concurrencia a un comparendo, no se trata de IR a un lugar, al contrario, se trata de OÍR a la otra parte antes de proveer o resolver el asunto. En este sentido, la expresión “audiencia” está utilizada en el significado técnico de resolver: “con audiencia”, que es una de las cuatro formas que conocimos para decretar o autorizar una actuación judicial.

En el epígrafe de este subtítulo colocamos deliberadamente entre signos de interrogación a este tercer elemento, es decir, a la necesidad de la audiencia como requisito o componente indispensable de todo incidente. Adoptamos este recurso gramatical para destacar que en opinión de la doctrina para que un incidente tenga el carácter de tal su rasgo predominante es su naturaleza accesoria, siendo un aspecto secundario, o si se quiere no determinante, que el incidente el sea resuelto oyendo a la otra parte. Los que así piensan recuerdan que existen cuestiones a todas luces accesorias y que reciben fallo por parte del tribunal sin oír a la otra parte. Así ocurre con las medidas prejudiciales que se fallan unilateralmente, sin audiencia de partes o *inaudita altera pars* (art 289 CPC). También se dice, en la misma línea argumentativa, que hay incidentes que no reciben o se someten a audiencia de partes. Tal cosa sucede cuando no se reúnen los requisitos de admisibilidad que la ley establece para ellos, así pasa con los incidentes inconexos los cuales se fallan de plano. Otro tanto ocurre con los presentados extemporáneamente, ya que estos se fallan sin oír a la otra parte o, en fin, con aquellos sujetos al previo pago de una caución o depósito en la forma prevista por el art 88 CPC. En otras palabras, en opinión de la doctrina un incidente tiene ese carácter por ser cuestión accesoria, es decir, asunto no principal con independencia de que se escuche o no la otra parte antes de resolver.

Ahora bien, siendo verdad que una cuestión accesoria tiene ese carácter por contraposición a la principal, no es menos cierto que las cuestiones accesorias vienen resueltas por sentencias interlocutorias y por autos, y estas formas de resolver un asunto implican que se suscite un debate entre las partes, diferenciándose precisamente por existir una controversia de los simples decretos, providencias o proveídos, que se fallan *inaudita altera pars*, es decir, sin escuchar a la otra parte.

2.3. Denominación: A los incidentes se les llama también *artículos*, y al que los promueve se le llama *articulista*.

2.4. Clasificación: Los incidentes se clasifican de esta forma:

a) Incidentes ordinarios e incidentes especiales: Los incidentes ordinarios son aquellos que tienen una regulación contemplada en los art 82 a 91 CPC, aplicable a toda cuestión accesoria que requiera especial pronunciamiento del tribunal con audiencia de partes, SIN DISTINCIÓN. Decimos, “sin distinción” porque esta reglamentación es común o general, a diferencia de algunos estatutos, reglamentación o ritualidad específica prevista de modo especial y expreso establecida previamente por el legislador, razón por la cual los incidentes que se someten a este tipo de regulaciones específicas se llaman incidentes especiales.

Incidente especial es aquel que tiene por la ley diseñada una tramitación distinta de la común o general prevista entre los art 82 a 91 CPC. Así ocurre con:
- La acumulación de autos (art 92 a 100 CPC)
- Cuestiones de competencia (art 101 a 112 CPC)
- Implicancias y recusaciones (art 113 a 128 CPC)
- Privilegio de pobreza (art 129 a 137 CPC)
- Costas (art 138 a 147 CPC)
- Desistimiento de la demanda (art 148 a 151 CPC)
- Abandono del procedimiento (art 152 a 157 CPC)

Precisamente, porque las materias antes indicadas tienen un estatuto particular de tramitación se les llama incidentes especiales.

Se hace aquí del todo aplicable la definición de que trata el art 2 CPC que clasifica los procedimientos así: ordinarios o extraordinarios o especiales.

Establecido lo que son los incidentes ordinarios o especiales nos detenemos para llamar la atención en cuanto a que entre los incidentes especiales que se mencionaron más arriba no se indica a la nulidad procesal. La nulidad procesal, en pero, es un incidente especial porque tiene un tratamiento específico dado por el código de procedimiento civil, aunque no aparece sistematizado bajo un epígrafe independiente o autónomo como ocurre con los casos anteriores. La nulidad procesal esta fundamentalmente reglamentada en el art 83 CPC, y tan especial es su reglamentación que el plazo para interponerla (que es de 5 días) es distinto del plazo contemplado para los incidentes ordinarios que analizamos más adelante.

En consecuencia inclúyase a la nulidad procesal como otro incidente especial con la prevención de que no tiene un tratamiento sistemático en el sentido de estar reglamentada en un párrafo o epígrafe autónomo del que cobija a los incidentes ordinarios. En esto último la nulidad procesal sí se diferencia de la nulidad procesal penal que tiene un título especialmente dedicado a ella.

b) Incidentes conexos e inconexos: Incidente conexo es aquel que tiene una relación DIRECTA con el asunto que es materia del juicio. Incidente inconexo es aquel que no tiene RELACIÓN ALGUNA con el asunto que es materia de juicio. Se trata de una cuestión accesoria absolutamente impertinente con lo que se ventila en la causa. Esta clasificación arranca del inciso primero del art 84 CPC y su importancia radica en la distinta actitud que debe asumir el tribunal rente a ellos. Los incidentes conexos deben ser admitidos a tramitación; los incidentes inconexos deben ser rechazados de plano.

c) Incidente de previo y especial pronunciamiento y de no previo y especial pronunciamiento: Los primeros son aquellos sin cuya previa resolución no se puede seguir substanciando la causa principal. Los segundos en cambio no obstaculizan la tramitación de la causa.

Esta clasificación emana de lo que establece el art 87 CPC y la importancia radica en que si se trata de un incidente de previo y especial pronunciamiento el tribunal debe tramitarlo en la “misma pieza de autos”, o sea, debe tramitarlo en el mismo cuaderno en que se ventila o tramita la causa principal y no en un ramo o cuaderno separado.

La ley no señala cuáles son incidentes de una y otra índole por lo que le corresponde al tribunal determinarlo en el caso concreto. Sin embargo, es obvio que hay ciertas cuestiones accesorias que por repercutir directamente en la válida constitución de la relación procesal hacen indispensable que se tramiten en el cuaderno principal. La importancia de un incidente de este tipo es que SUSPENDE la tramitación de la causa principal, precisamente, porque es de previo y especial pronunciamiento. Así pasa con las excepciones dilatorias, que por definición son de previo y especial pronunciamiento, tanto así que la ley contempla una fase procesal específica para que sean resueltas, para luego ventilar las excepciones perentorias que permiten el ingreso al objeto principal del pleito.

En suma, la importancia de un incidente de previo y especial pronunciamiento son estas dos: Suspende la marcha del juicio y se tramita en la misma pieza de autos. A la inversa, un incidente que no es de previo y especial pronunciamiento no suspende la tramitación de la causa y se tramita por ende en un cuaderno o ramo separado.

Ejemplos de incidentes de previo y especial pronunciamiento:
- Abandono del procedimiento.

- Nulidad por falta de emplazamiento.
- Cuestiones de competencia por inhibitoria y declinatoria.

Ejemplos de incidentes de no previo y especial pronunciamiento:

- Las medidas precautorias.
- Las costas.
- El privilegio de pobreza.

2.5. Tramitación de los incidentes ordinarios: Los incidentes, al igual que los asuntos principales, atraviesan por 3 etapas, a saber: Discusión, prueba y sentencia. Además, en el caso de los incidentes, se puede incluir una fase anterior al de la discusión propiamente tal que llamaremos fase de admisibilidad de los incidentes.

a) Admisibilidad: Presentado un incidente el tribunal debe examinar los siguientes aspectos:
a.1.Si es conexo o inconexo: En el primer caso le dará tramitación y en el segundo lo rechazará de plano.
a.2. Si es de previo o no previo y especial pronunciamiento: En el primer caso suspenderá la marcha del asunto principal y en el segundo no lo hará.
a.3. Si es oportuno o extemporáneo: Si es inoportuno el tribunal lo rechazará de oficio (art 84 inc 3 CPC). Si es oportuno le dará tramitación.
a.4. Si requiere o no de previa consignación: La parte que haya promovido y perdido 2 o más incidentes en un mismo juicio, no puede promover ningún otro sin que previamente haga consignación de un depósito en la cuenta corriente del tribunal, por la cantidad que éste fije art 88 CPC.

b) Discusión: La fase de discusión en un incidente, esa que precisamente da curso a la: "audiencia de partes", se inicia cuando el tribunal confiere traslado a la otra parte. "Traslado" es una expresión foral con la que quiere significarse que se da la palabra a la contraria para que exponga lo que a su derecho convenga. Temporalmente implica un lapso de 3 días para que dentro de él se ejerza el derecho por la contraria, cumpliendo así con el principio de la bilateralidad de la audiencia.

Según el art 89 CPC, vencido el plazo de 3 días, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba.

c) Prueba:
c.1. Régimen legal: Según el art 323 CPC cuando haya de rendirse prueba en un incidente, su recepción se hará en conformidad a las reglas establecidas para la prueba principal.

La norma anterior señala el marco general de tramitación probatoria, sin embargo, existen en materia de prueba de los incidentes marcadas diferencias con las que se contemplan para la prueba del asunto principal, las que abordamos más adelante, pero que resumidamente indicamos de este modo. Hay diferencias en los siguientes aspectos:

- Reducción de recursos contra la resolución que recibe el incidente a prueba.
- Reducción del término probatorio.
- Reducción del plazo para presentar lista de testigos.
- Examen exclusivo de los testigos que figuren en la lista.
- Examen de los testigos al tenor de los puntos de prueba señalados por el juez y no al de las minutas presentadas por las partes.
- Admisión del hecho público o notorio.

c.2. ¿Cuándo se recibe el incidente a prueba?: La ley no dice explícitamente cuando se recibe el incidente a prueba. En esto se diferencia de lo que la ley señala para la recepción de la causa a prueba en el asunto principal, porque respecto de esta materia el art 318 CPC dice específicamente que la causa se recibe a prueba cuando hay un hecho sustancial, pertinente y controvertido generado por alegaciones de las partes.

Sin embargo en el silencio del estatuto incidental aplicamos el art 323 CPC ya indicado, procedente además según lo que ordena el art 3 CPC, y concluimos que el incidente se recibe a prueba cuando hay un hecho sustancial, pertinente y controvertido entre las partes.

Si bien la ley no dice cuando se recibe a prueba el incidente, sí indica, en cambio, cuando NO DEBE recibirse a prueba y esto ocurre cuando se trate de peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, O SEAN DE PÚBLICA NOTORIEDAD (art 89 CPC).

d) Término probatorio en los incidentes: En los incidentes existen 3 tipos de términos probatorios: El término probatorio ordinario, el término probatorio extraordinario y el término probatorio especial. El término probatorio ordinario es aquel que se contempla para rendir prueba dentro del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce de la causa y su extensión es de 8 días.

El término probatorio extraordinario es el que se concede para la práctica de diligencias probatorias fuera del lugar en que se sigue el juicio y su extensión la determina el tribunal por el número de días que resulte necesario para la práctica de las diligencias de que se trate (es un plazo judicial, por lo tanto prorrogable y no fatal), no excediendo en ningún caso el plazo total de 30 días desde que se recibió el incidente a prueba (art 90 inc 3 CPC).

El término probatorio especial es aquel que se concede cuando su produce un ENTORPECIMIENTO U OBSTÁCULO que impide la recepción de toda la prueba en general (un siniestro, anegamiento, fallecimiento del juez, etc) o de alguna prueba en especial (inconcurrencia justificada de un testigo o de un receptor, etc) y su extensión se mide en la forma que para este tipo de eventos imprevistos contempla el art 339 CPC, es decir, por el número de días que dure el entorpecimiento y que fija prudencialmente el tribunal.

e) La prueba testimonial en los incidentes: Debe rendirse dentro del término probatorio ordinario o del extraordinario, si fuere del caso (por ejemplo si el testigo reside en el extranjero), o en el especial si se produce un entorpecimiento que obstaculice la recepción de la testimonial, pero nunca antes (como ocurre con la documental) ni después del vencimiento de los términos señalados.

La lista de testigos debe presentarse dentro del segundo día siguiente a la notificación de la resolución que recibe el incidente a prueba.

El tribunal al recibir el incidente a prueba fija los puntos, es decir los hechos específicos controvertidos sobre los que deben recaer los testimonios, no siendo necesario que las partes presenten minuta de puntos de prueba ya que ellos vienen precisados por el tribunal.

La resolución que recibe el incidente a prueba, cuya naturaleza es una sentencia interlocutoria de segundo grado, se notifica por el ESTADO DIARIO. Así lo manda el art 323 inc 2 CPC.

Si bien es cierto que existe norma expresa sobre el modo como se notifica el auto de prueba en los incidentes, a saber, por el estado diario, la doctrina y también la jurisprudencia han establecido que esta interlocutoria debe también notificarse por cédula como lo manda el art 48 CPC y ello haciendo prevalecer la regla del art 323 inc 1 CPC en la parte que ordena que la recepción de la prueba incidental se haga en conformidad a las reglas establecidas para la prueba principal.

Solo pueden examinarse los testigos que figuren en la lista que las partes deben presentar dentro de segundo día de notificación de la interlocutoria de prueba.

En materia de incidentes se reconoce valor para excluir de la prueba al hecho público y notorio.

f) Paralelo entre la prueba principal y la prueba incidental:

Prueba Incidental	**Prueba principal**
- El término probatorio ordinario es de 8 días.	- El término probatorio es de 20 días.
- La lista de testigos se presenta al segundo día de la notificación del auto de prueba.	- La lista se presenta dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto de prueba.[2]
- El tribunal fija los puntos de prueba.	- Las partes presentan minuta de los puntos de prueba
- Se reconoce expresamente al hecho notorio como un dato que hace innecesario rendir prueba sobre el particular.	- No esta reconocido expresamente el hecho notorio como un antecedente para excluir la prueba sobre el particular. Sin embargo entendemos que esta omisión para la prueba

[2] La presentación de la lista es siempre un cuarto del término probatorio.

	principal no es sinónimo de que no tenga cabida en la prueba del asunto de central del pleito.

g) El hecho notorio:
g.1. Concepto: El hecho notorio es aquel que resulta conocido para la generalidad de las personas en un lugar y en un tiempo determinado.

g.2. Explicación: El hecho notorio es un concepto eminentemente relativo en el tiempo, en el espacio y en cuanto a las personas. En efecto para que un hecho sea notorio no se necesita que sea de dominio o conocimiento de todas las personas, si no que de la generalidad de ellas. Tampoco se requiere que sea conocido en todo tiempo, si no que es necesario que se sepa de èl en un determinado momento; y, por último, no es indispensable que se sepa de él en todo lugar si no que es suficiente que se le conozca en un lugar específico.

Así por ejemplo en una localidad concreta del país es posible que la generalidad de sus habitantes conozcan de los eventos que en ella tienen lugar, y por ende sea notorio para ellos pero no para los residentes de otras localidades. Así mismo, en una época concreta puede ser de dominio general la persona que invista el carácter de Presidente de la República pero que en las épocas venideras dicho conocimiento desaparezca, y por último es posible que un hecho sea notorio para un cierto grupo de personas que abracen una misma actividad, profesión, rutina, etc, pero no para otras que no tienen ese elemento en común.

h) Sentencia en los incidentes: Vencido el término de prueba, háyanla o no rendido las partes y aún cuando estas no lo pidan fallará el tribunal inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día la cuestión que haya dado origen al incidente.

En consecuencia al expirar el término probatorio no hay otro trámite adicional, es decir, no hay un período de observaciones a la prueba, que sí se consulta en la causa principal, vencido el cual el juez toma la iniciativa para el fallo.

Fallado el asunto, y tratándose de un incidente la naturaleza de la resolución que lo resuelva podrá ser o un auto o una sentencia interlocutoria según que establezca o no derechos permanentes. Que sea un auto o una interlocutoria no es cuestión indiferente porque repercute en los recursos que pueden entablarse contra dicha resolución. En efecto si se trata de un auto, solo es susceptible de la: Reposición; y si fuese interlocutoria, es susceptible del recurso de apelación (porque las interlocutorias, por regla general, producen desasimiento, mientras que los autos no, y de allí que estos puedan revisarse por conducto de la reposición, misma razón por la que los autos nunca producen desasimiento). Todavía más, si se trata de una interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su prosecución (excepción de incompetencia, abandono del procedimiento, incompetencia del tribunal, acumulación de autos, nulidad de todo lo obrado, etc) la resolución es susceptible del recurso de casación.

Oportunidad para promover o formular incidentes

En cuanto a la oportunidad para formular incidentes vale la pena recordar una de las clasificaciones que vimos de estos, a saber, incidentes ordinarios e incidentes especiales. Los incidentes se llaman especiales porque se apartan del estatuto previsto para los incidentes ordinarios y por ende la oportunidad para promover los artículos vendrá reglada por el respectivo estatuto asignado al incidente especial. Así pasa con el incidente de nulidad, que debe promoverse dentro de los 5 días siguientes desde que aparezca o se acredite que se tuvo conocimiento del vicio del que se reclama, o con el incidente de desistimiento de la demanda que puede promoverse en cualquier momento, o con el abandono de procedimiento que se somete a la misma regla de promoción intemporal después de vencidos los plazos de configuración del abandono, claro está.

Fuera de los casos especiales la regla general para promover incidentes ordinarios es la que más adelante se describe y que implica distinguir en el origen del incidente, teniendo en cuenta si surge de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio (art 84 inc 2º CPC) o bien si nace de un hecho que acontece durante el juicio (art 85 CPC).

Los hitos de referencia anteriores, o sea, hecho anterior al juicio o coexistente con su principio o durante el juicio, tienen una excepción que consiste en que el incidente puede promoverse en cualquier etapa del juicio, hasta el último minuto en que exista causa pendiente, con la sola limitación de la cosa juzgada. Se trata, entonces, de un súper-incidente con la potencia de traspasar oportunidades procesales. La ley lo contempla en el art 84 inc 3º CPC y de esta manera: "Salvo que se trate de un vicio que anule el proceso, en cuyo casose estará a lo que establece el art 83, O QUE SE TRATE DE UNA CIRCUNSTANCIA ESENCIAL PARA LA RITUALIDAD O LA MARCHA DEL JUICIO[3], evento en el cual el tribunal ordenara que se practiquen las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso legal".

Concretando lo dicho más arriba, resumimos ahora la oportunidad para promover incidentes ordinarios:

a) Si nace de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio: Debe promoverlo la parte antes de hacer cualquiera gestión principal en el pleito. La ley ejemplifica, y señala como una especie de vicio de esta índole al siguiente: "como defecto legal en el modo de proponer la demanda". Entendemos, por otro lado, que "cuestión principal o gestión principal en el pleito" es todo aquello que implique entrar a fondo del asunto ya que el que contesta la demanda convalida tácitamente el vicio o defecto que debió promover antes de hacer una gestión principal, cual sería la contestación de la demanda (art 84 inc 2º CPC).

b) Si el hecho se origina durante el juicio: En este caso la ley ordena que el incidente se formule "tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva". Si en el proceso consta que el hecho ha llegado a conocimiento de la parte, y ésta ha practicado una gestión posterior a dicho conocimiento, sea o no principal, el incidente promovido después será rechazado de plano, salvo que se trate del, para nosotros denominado, súper-incidente (art 85 CPC).

c) La hipótesis del artículo 84 inc.3º CPC : La segunda parte del inciso tercero del art 84 CPC rompe con la regla general para formular incidentes, es intemporal, dentro de los limites del proceso, claro esta, lo que implica que puede promoverse aún después de vencido el plazo previsto para su interposición; incluso, citadas las partes a oír sentencia (art 433 inc 2º CPC). Cuando la ley hace referencia a una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio la alusión inequívocamente debe entenderse hecha a las garantías del debido proceso y a la correcta constitución de la relación procesal y de los presupuestos procesales.

Los Incidentes Especiales

1.- Generalidades: Recordamos que lo dicho hasta aquí tan solo atañe al régimen aplicable a los incidentes ordinarios, esto es, a los que se someten a la tramitación común ordenada por la ley para ellos y de los que antes hemos visto lo que atinge a la fase de discusión, prueba, fallo, recursos y oportunidad para promoverlos.

Toca ahora avocarse a los incidentes especiales, vale decir, a lo que en forma nominativa y determinada regula el CPC entre los títulos X, XVI del libro I del CPC.

Advertimos que no serán materia de nuestros estudio todos los incidentes, si no que los más relevantes, a saber: El incidente de nulidad, el incidente de desistimiento de la demanda, el incidente de abandono del procedimiento y; finalmente, las medidas prejudiciales y precautorias.

2.- El incidente de nulidad:

[3] Memoria

2.a. Concepto: Es aquel artículo o cuestión accesoria que se promueve por las partes en todos los casos que la ley EXPRESAMENTE (especificidad) lo disponga y en todos aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a las partes un perjuicio (indefensión) reparable solo con la declaración de nulidad.

2.b. Explicación: Las normas procesales descansan en un principio teleológico que apunta a permitir el legítimo ejercicio de un derecho, cuando se dice que el derecho procesal es adjetivo, lo que se quiere significar es que por conducto de sus normas se puede ejercer el derecho material, lo que implica diseñar normas que resguarden, protejan o permitan el ejercicio de ese derecho. La ritualidad procesal contemplada con el fin antes indicado puede verse alterada por defectos de procedimiento que impliquen un perjuicio al litigante, dicho perjuicio tiene en materia procesal un significado muy especial y propio, a saber, significa indefensión, es decir, imposibilidad de alegar, reclamar, impetrar, probar, recurrir, lo que conspira con la protección del derecho material.

El instituto de la nulidad sanciona a los actos procesales defectuosos por un vicio o irregularidad cometido en su ejecución y del que deviene o resulta indefensión en los términos ya explicados.

Se trata, a fin de cuentas, de un error al proceder, es decir al actuar, no de un error al juzgar o fallar, si no que al tramitar, de allí que se distinga desde Chiovenda en adelante, entre errores *"in prochedendo"* y errores *"in iudicando"*.

De cuanto se ha dicho puede ahora definirse a la nulidad como aquella sanción que reciben los actos procesales defectuosos del procedimiento que acarrean indefensión para el litigante. El defecto consiste en el apartamiento del modelo legal previsto para la ejecución del acto procesal y su consecuencia es la imposibilidad de ejercer en el proceso un derecho o facultad.

No puede confundirse al error que se comete al aplicar la ley de fondo con el que se incurre al ejecutar un acto procesal, aunque nada impide que amos tipos de errores puedan cometerse al pronunciar una misma resolución judicial, es decir, que coexistan o convivan ambos tipos de errores, y de allí que se permita la interposición de recursos de mérito con recursos de nulidad.

2.c. Estatuto legal de la nulidad: A diferencia de los incidentes especiales de que tratan los títulos X a XVI del libro I del CPC, se hecha de menos que el incidente de nulidad tenga un párrafo o título propio destinada a su regulación. En esta materia el incidente de nulidad aparece tratado, sin forma especial, dentro de los incidentes generales, pero eso no le quita, sin embargo, su carácter de incidente especial.

El código de procedimiento penal, ya en decadencia, y el código procesal penal con plena vigencia en el territorio nacional, si dieron para la nulidad un tratamiento autónomo, independiente, que facilita su sistematización y estudio.

2.d. Oportunidad: Según el art 83 CPC la oportunidad para promover un incidente de nulidad es dentro de 5 días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del mismo (art 83 inc 2º CPC).

Este lapso de 5 días no rige tratándose de la incompetencia absoluta del tribunal que puede promoverse en cualquier tiempo, pues se trata, a fin de cuentas, de una manifestación de lo que denominamos el "súper-incidente" porque, a todas luces, la competencia absoluta del tribunal es una: "circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio" (art 84 inc 3º CPC).

2.e. Titulares: Los incidentes son tales porque la iniciativa para promoverlos es exclusiva de las partes. En otras palabras solo las partes, y no el tribunal, tienen facultades para promover incidentes. Así entonces, el incidente de nulidad tiene como titular a la parte afectada por el vicio o defecto. Sin perjuicio de lo anterior más adelante veremos, cuando abordemos los principios que regulan la nulidad procesal, que incluso la parte afectada por el vicio se hace indigna de promoverlo, es decir, pierde la titularidad para formular el incidente cuando ha sido ella misma quien ha originado el vicio o concurrido

a su materialización operando a su respecto la convalidación del acto procesal (art 83 inc 2º parte final CPC).

Si bien el único titular del incidente de nulidad es la parte litigante, nada impide que el tribunal pueda oficiosamente hacer declaraciones de nulidad. Esto es posible porque el inciso primero del artículo 83 autoriza al tribunal a declarar, de oficio, la nulidad. La misma atribución reaparece en el inciso tercero del artículo 84 cuando dice: "evento en el cual el tribunal ordenará...", y más explícitamente en el inciso 4º del artículo 84 cuando establece: "el juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso".

Las facultades oficiosas de un tribunal para hacer declaraciones de nulidad nos hace recordar aquella que contempla el art 160 CPC que haciendo excepción a la regla según la cual las sentencias deben pronunciarse conforme al "mérito del proceso" permite al tribunal proceder de oficio. La ley expresamente señala cuando es posible actuar de este modo oficioso. En el CC se permite declarar la "nulidad absoluta" al tribunal.

En el campo procesal las facultades de un tribunal para hacer declaraciones oficiosas de nulidad están directamente relacionadas con aquellos institutos que son de orden público, es decir que son irrenunciables o indisponibles, o sea, que tienen como co-titulares a la parte y al interés general de la sociedad, lo que impide a la parte renunciar al precepto porque su abdicación compromete al segundo de los co-titulares, que es la sociedad toda, la cual reacciona por medio del juez a través de las declaraciones oficiosas de nulidad.

En el ámbito procesal diremos que los denominados por Von Büllow como "presupuestos procesales" son institutos de orden público y cada vez que exista un vicio que implique infracción a estos últimos el tribunal debe entenderse facultado para actuar de oficio corrigiendo el vicio o defecto.

2.f. Convalidación de la nulidad: La nulidad puede convalidarse, esto es sanarse, o sea ganar valor.
La convalidación opera de alguna de estas formas:

a) Cuando la parte que alega el vicio ha originado o concurrido a su materialización.
b) Cuando la parte deja correr el plazo legal establecido para interponer el incidente.
c) Cuando la parte afectada expresamente le reconoce validez al acto.
d) Cuando el acto viciado a pesar de su defecto alcanza o logra su fin (ejemplo: notificación tácita, art 55 CPC).

2.g. Principios que rigen la nulidad procesal[4]: Son principios que rigen la nulidad procesal los siguientes:

1. Principio de especificidad o legalidad.
2. Principio de trascendencia o del perjuicio.
3. Principio de la declaración judicial.
4. Principio de la conservación de los actos procesales.

2.h. Desarrollo

2.h.1. Principio de especificidad o legalidad: En Francia, donde este principio tuvo su origen, se dice sobre el punto lo siguiente: *"Pas dé le nulité sans text"*, o sea "Pase la nulidad sin texto". Con esto quiere significarse que la nulidad se encuentra gobernada por un principio según el cual no hay nulidad si la ley no ha contemplado explícitamente la sanción de la nulidad para el vicio o defecto de que se trata. A este principio se le llama también así: "especificidad".

[4] Leer artículo "Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal" de Raúl Tavolari.

Entre nosotros, el principio en estudio cobra vigencia en los términos del art 83 CPC cuando dice: "la nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que LA LEY EXPRESAMENTE LO DISPONGA...".

Aunque es común ver reflejada esta regla o principio general en los ordenamientos procesales, lo cierto es que junto con contemplársela también se consagra una fórmula que permite al juez declarar la nulidad en aquellos casos en que no hay un texto legal que contemple esta sanción para el vicio o defecto de que se trate. A esta manera de decretar la nulidad que se funda en vicio, no contemplado en la ley, pero que deja a las partes en la indefensión se le conoce como: "nulidades implícitas".

¿Cuál es, a fin de cuentas, la regla general: el principio de especificidad o las nulidades implícitas? A fin de cuentas la regla general, desde la perspectiva de casos que por previsión legal reciban sanción de nulidad, no es el principio de especificidad. O sea la ley no contempla el sin número de posibilidades que pueden darse en un proceso y que den origen a un vicio o defecto que autorice a decretar la nulidad. El legislador no tiene tanta imaginación para prever de antemano todos los posibles vicios o defectos del procedimiento. Sin duda capta los más importantes, de allí que se contemplen algunos incidentes especiales que discurren sobre vicios en concreto, como ocurre con los contemplados en los artículos 79 y 80 (nulidad por fuerza mayor o falta de emplazamiento), o bien, con las causales del recurso de casación, pero fuera de estas previsiones especificas el gran número de casos en que prospera la nulidad ocurren bajo la fórmula de las nulidades implícitas. Entre nosotros estas fórmulas de nulidades implícitas tiene también su reconocimiento en el art 83 CPC cuando dice: "y en todos aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad".

2.h.2. Principio de trascendencia o del perjuicio: En Francia a este instituto se le resume así: *"Pas dé nulité sans grief"* o sea, "pase la nulidad si no hay perjuicio.

El proceso, decía Couture, no puede transformarse en una "misa jurídica", de tras de cada norma procesal no puede pretenderse encontrar una adoración a las formas. Los dispositivos procesales están teleológicamente concebidos para permitir el ejercicio de un derecho, no para sofocarlo o destruirlo. De allí entonces que se considere que no puede prosperar la nulidad si esta no apareja perjuicio; bien sabemos que en nuestra disciplina esta palabra "perjuicio" tiene un significado técnico específico, a saber equivale a: INDEFENSIÓN. Por lo tanto si al litigante en nada ve disminuido su derecho a la defensa no puede prosperar la nulidad. Por ende no basta la infracción legal, se necesita que ella surta un efecto que consiste en la indefensión. El art 159 CPP sobre el particular dice: "Se entiende que hay perjuicio cuando la infracción de las ordenes procesales atenta contra las posibilidades de actuación de los intervinientes. Para nosotros el art 83 requiere de este elemento al decir: "que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio". La misma idea, ahora a nivel de casación, se repite en el art 768 inc 3º cuando dice: "el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo.

2.h.3. Principio de la declaración judicial: Este principio plantea que los actos que adolecen de un vicio o defecto de nulidad no son nulos por esa sola circunstancia, en rigor; se trata de actos anulables. Para que la nulidad sea eficaz es necesario que se le declare judicialmente. Entre nosotros son múltiples los pasajes de la ley que exigen este requisito, a vía meramente ejemplar: "podrá ser declarada" art 83 inc 1º CPC, la declaración de nulidad de un acto, art 83 inc 1º CPC.

La excepción a este principio consiste en la posibilidad en que un acto procesal sea nulo, ineficaz o infecundo procesalmente sin necesidad de declaración judicial: en este caso estaríamos frente a nulidades de pleno derecho. El profesor Tavolari menciona estos ejemplos de nulidades de pleno derecho:
- Declarada la incompetencia del juez civil todas las actuaciones practicadas ante él, sin necesidad de referencia expresa a las mismas, se entiende quedar sin valor, o lo que es lo mismo, nulas.

- El caso del art 112 inc final CPC señala que si el tribunal requerido rechaza la inhibitoria, el juicio continuará sin perjuicio de que "esas gestiones queden sin valor si el tribunal correspondiente declara que el que esta conociendo del juicio es incompetente para ello.
- Todo lo que se obre en la causa respecto de una apelación concedida en el solo efecto devolutivo quedará sin valor, o sea nulo, si se acoge el recurso interpuesto.
- También incluye el profesor Tavolari todo lo actuado en la causa que queda sin valor como consecuencia del acogimiento del abandono de procedimiento.

Conviene aquí mencionar que con la nulidad pasa lo que acontece con tantos otros institutos procesales polisémicos, o sea, que significan más de una cosa al mismo tiempo y por lo tanto con la palabra nulidad se alude a un vicio, como al medio para reclamar del mismo cuando también a su resultado, de allí que para los procesalistas lo que no produce efectos es nulo, y muchas veces no como consecuencia directa de la infracción de una norma procesal, como ocurre con las apelaciones concebida en e, solo efecto devolutivo.

2.h.4. Principio de la Conservación de los actos procesales: Este principio enseña que la nulidad constituye una sanción, en extremo severa, que fulmina el acto viciado, o sea lo aniquila haciéndolo desaparecer por completo. Desde esta perspectiva la nulidad, como toda sanción, debe reservarse como última medida a aplicar para la ineficacia de un acto procesal, de allí que si el vicio o defecto puede remediarse por otro conducto debe acudirse a aquel antes que a la nulidad, propendiendo dejar a salvo los actos procesales no alcanzados por el vicio o defecto; y, si resultara posible, permitiendo que se reanuden, ratifiquen o rectifiquen los actos viciados (véase art 165 CPC).

Otra manifestación de este principio es el de la **irretroactividad de la nulidad**, conforme al cual la declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado. El tribunal, al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuales actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado.

En otras palabras la nulidad opera desde el acto nulo y hacia todos los demás que se funden en él pero no se remonta a los actos validamente ejecutados, los que deben por tanto: "conservarse".

2.h.5. Principio de la Convalidación: En rigor este principio no es distinto del que antes tratamos cuando hablamos del principio de trascendencia o del perjuicio. La convalidación procesal es una de loas tantas maneras de demostrar que los actos que surten sus efectos pese al vicio que les aqueja, o que se aceptan expresamente por el perjudicado, o que nada dice dentro de plazo para reclamar de su ineficacia se convalidan, es decir gana valor el acto nulo y deja de producir perjuicio. El vicio o defecto pasa a ser entonces intrascendente.

Entre nosotros la convalidación de los actos procesales, que ya se dijo es un subproducto del principio de trascendencia, lo contempla el art 83 inciso 2º CPC; y de este modo: "la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo no podrá demandar la nulidad".

3.- Plazo para formular el incidente: 5 días contados desde que aparezca o se acredite que quién deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal.

4.- Titulares: La parte afectada por el vicio. Sin embargo, la ley contempla una indignidad para promover el incidente respecto del litigante que ha originado el vicio o concurrido a su materialización.

5.- ¿Hay nulidades absolutas y relativas en el proceso?: Bien sabemos que en el ámbito civil la ley reconoce 2 tipos de nulidades llamadas nulidades absolutas y relativas. Distintos son los fundamentos y las características de una y otra. La nulidad absoluta se inspira en el resguardo del orden público, es decir, en la protección de los derechos indisponibles o irrenunciables; el juez tiene facultades para declararlas de oficio, y no se pueden convalidar a posteriori por las partes.

La nulidad relativa, en cambio, rige en aquellas situaciones regidas por normas de orden privado, es decir, por normas que instituyen un derecho disponible o renunciable, de allí que el juez no pueda actuar de oficio, y al contrario de la nulidad absoluta la nulidad relativa si admite ratificación.

En el proceso también es posible distinguir más de una especie de nulidad, incluso se concibe una situación distinta que consiste en la inexistencia del acto procesal; por último, hay actos procesales defectuosos que no tienen sanción.

Recapitulando entonces en materia procesal se distinguen las siguientes sanciones:
- Inexistencia.
- Nulidad Absoluta.
- Nulidad Relativa.
- Vicios sin sanción de nulidad.

5.a. Inexistencia: La inexistencia afecta a un acto desprovisto de elementos constitutivos esenciales. Es un no-acto. Es un hecho, es decir, un fenómeno fáctico que no tuvo potencia para ingresar al mundo jurídico.

Se suele indicar como ejemplo la sentencia dictada por una persona que no es juez, pero hay otros casos como ocurre con el mandato que no se constituye dentro de plazo (art 2 ley 18.120) o con el patrocinio que no es constituye en forma (art 1 ley 18.120) –en ambos casos la demanda se tiene así: “por no presentada”-. En Argentina el art 1.012 CC los actos jurídicos requieren de la firma del otorgante conviniendo la doctrina y la jurisprudencia que el escrito sin firma es inexistente.

Un acto inexistente nunca se puede convalidar, NI NECESITA SER INVALIDADO. O sea, no es necesario declarar la inexistencia, basta con constatarla.

5.b. Nulidad Absoluta: Un acto absolutamente nulo es aquel que está desprovisto de los elementos que le permiten surtir efectos legales. Al igual que la inexistencia no se puede convalidar, pero a diferencia de ella el acto necesita ser invalidado porque de lo contrario el acto genera sus efectos habituales hasta que la cosa juzgada, la suprema preclusión, en los términos de Chiovenda, agota la posibilidad de invalidarlo.

5.c. Nulidad Relativa: A diferencia de las categorías anteriores el acto relativamente nulo puede convalidarse y necesita de invalidación.

5.d. Vicios sin sanción de nulidad: Hay actos procesales defectuosos que no contemplan sanción para el vicio que los aqueja. Recuérdese, entre nosotros, el no envío de la carta certificada en la notificación personal subsidiaria (art 46 CPC) o la falta del estampe de la notificación por el estado diario en el expediente (art 50 inc 4º CPC).

6.- ¿En definitiva, cuando habrá nulidad absoluta?: El profesor Tavolari responde a esta interrogante así:

6.a. Cuando la ley disponga o se desprenda que el juez deba declararla de oficio y que ella no se convalidable.
6.b. Cuando se vulnere una disposición CONSTITUCIONAL que regule actuaciones procesales.
6.c. Cuando se desconozcan los llamados presupuestos procesales.

7.- ¿Y en el proceso penal, hay nulidades absolutas?: Sí, sí hay.

El art 159 CPP establece que pueden anularse las actuaciones judiciales defectuosas del procedimiento que irrogan a las partes un perjuicio reclamable solo por vía de la nulidad. La norma agrega que se entiende que hay perjuicio cuando la infracción de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de los intervinientes.

Si bien se mira este art 159 CPP en nada difiere de lo que dijimos al comienzo en cuanto a que para que exista nulidad se requiere de un vicio o defecto que apareje como consecuencia la indefensión (Infracción legal + indefensión= nulidad). En otras palabras la ecuación se construye así: para que prospere la nulidad se requiere de un vicio o defecto más una consecuencia derivada de la infracción, a saber, la indefensión. Dándose estos elementos habrá nulidad.

Sin embargo el art 160 CPP establece que: “se presume de derecho el perjuicio cada vez que la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las GARANTÍAS Y DERECHOS establecidos en la constitución o en las demás leyes de la república”.

La expresión “derechos y garantías” que emplea el art 160 CPP hace recordar aquella otra que utiliza el art 19 nº 3 inc 5º CPR cuando dice: “corresponderá al legislador establecer siempre las GARANTÍAS de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, de lo que se desprende que para la ley procesal penal cada vez que se amague un componente, un elemento, un dispositivo integrante del selecto grupo de normas que configuran el denominado “Debido proceso”, “Tutela judicial efectiva” (España), “Due Process of Law” (EEUU), debe presumirse de derecho la indefensión, lo que implica tremendas consecuencias, y entre otras, que el juez puede declarar de oficio la nulidad (art 162 CPP) y que el vicio nunca se convalida.

De lo dicho se concluye que, como anunciaba Tavolari, las garantías fundamentales contempladas en la propia carta constitucional, los tratados internacionales o la ley dan lugar, en caso de ser amagadas, a nulidad absoluta. La determinación de lo que constituye garantía fundamental queda sujeta a interpretación judicial sin perjuicio de considerar desde ya lo que digan los tratados, la constitución y la ley.

8.- Desistimiento de la Demanda:

8.1. Concepto: Es un acto procesal en cuya virtud el demandante manifiesta su propósito de no continuar ejercitando la acción en contra del demandado una vez que la demanda ha sido notificada.

8.2. Tipo de incidente: Es un incidente especial.

8.3. Diferencia con el retiro de la demanda: El retiro de la demanda opera antes que la demanda esté notificada. Se trata de un acto simplemente material que no trae ninguna consecuencia adversa al que practica el retiro, al demandante, es decir, no pierde el derecho a accionar (art 148 CPC).

8.4. Capacidad para desistir: Para desistir de la demanda se requiere ser plenamente capaz o bien actuar debidamente representado. Sin embargo la plena capacidad no es bastante para proceder al desistimiento porque además se requiere que, si se obra a través de mandatario judicial, este último esté dotado de facultades especiales, es decir, premunido de las facultades del art 7 inc 2º CPC.

8.5. Oportunidad para desistirse de la demanda: Se puede desistir de la demanda desde que haya operado la notificación de la misma y hasta que se dicte sentencia firme en la causa.

Si la demanda no esta notificada no es necesario desistirse de ella, basta con retirarla. No puede hablarse de incidente en este último caso porque no hay contraparte ya que la demanda no esta notificada, o sea, no hay emplazamiento.

8.6. Tramitación: En cuanto a la tramitación la ley distingue entre el desistimiento de la peticiones que se formulan por vía de demanda de aquellas otras que se plantean por vía de reconvención (reconvención = demanda que entabla el demandado contra el demandante).

El desistimiento de la demanda siempre se somete a tramitación incidental, es decir, debe oírse a la otra parte mediante un "traslado", pudiendo la contraria deducir o no oposición al desistimiento del actor.

Cuando opera el desistimiento de las acciones formuladas por vía de reconvención, dicho desistimiento se entenderá aceptado, por el solo hecho de proponerse, salvo que la parte contraria deduzca oposición dentro de tercero día. De lo anterior fluye que el desistimiento de la demanda siempre recibe tramitación incidental, mientras que el desistimiento de la reconvención solo eventualmente genera un incidente en caso de haber oposición al acogimiento *"ab initio"* hecho por el tribunal. Este es otro ejemplo que abona la postura de los que piensan que el carácter incidental o de cuestión accesoria que tienen los incidentes no queda determinado por la "audiencia de partes" sino que por el simple hecho de tratarse de un asunto no principal, pudiendo en su fallo no escucharse a la contraria y pese a ello sigue siendo un incidente.

8.7. Efectos del desistimiento de la demanda: El efecto que surte el desistimiento de la demanda es la completa perdida de la acción, es decir, el que desiste de la demanda abdica definitivamente al derecho, cuya tutela pretende. Por lo tanto la naturaleza jurídica de la resolución que acoge un desistimiento de la demanda es el de una: SENTENCIA DEFINITIVA[5]. El desistimiento, en consecuencia, produce cosa juzgada.

Nótese, entonces, que el desistimiento aniquila el derecho, mientras que el retiro de la demanda no produce esa consecuencia, quedando subsistente el derecho mientras no se extinga por la prescripción. Pronto veremos que el desistimiento de la demanda se diferencia del abandono del procedimiento en que aquél extingue la acción mientras que éste no extingue la acción, quedando vigente mientras no se vea afectado el derecho por la prescripción extintiva.

En suma:

Retiro de la demanda	**Desistimiento de la demanda**	**Abandono del procedimiento**
- No es un incidente.	- Es un incidente.	- Es un incidente.
- No extingue la acción.	- Extingue la acción.	- No extingue la acción.
- La resolución que lo ordena es: un decreto (art 70 COT).	- La resolución que la acoge es: una sentencia definitiva.	- La resolución que la acoge es: una sentencia interlocutoria, de aquellas que establecen derechos permanentes. Mientras que la resolución que lo rechaza es un auto, ya que nada impide volver a promoverlo nuevamente en la causa si se configuran las condiciones temporales y procesales para ello.

9.- Abandono del Procedimiento:

9.1. Concepto: El abandono del procedimiento es al extinción o pérdida total del procedimiento que se produce cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante un cierto espacio de tiempo.

9.2. Oportunidad para promover el incidente: En primer término dejemos en claro que el procedimiento existe desde que se notifica la demanda; por lo tanto, el incidente que estudiamos puede formularse desde la notificación de la demanda y hasta que se dicte sentencia ejecutoriada en la causa.

[5] CASARINO, *"Manual de Derecho Procesal"*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica, sexta edición, página 178.

Si no esta notificada la demanda no hay procedimiento y por lo tanto no corresponde declarar su acogimiento. Ahora bien si hay un litisconsorcio activo, es decir más de un demandante estando uno de ellos notificado y el otro no, nada impide que se solicite el abandono del procedimiento respecto del primero y no por el segundo no emplazado.

9.3. ¿Quién puede solicitar el abandono del procedimiento?: El abandono del procedimiento es una sanción concebida para reprimir la inercia del demandante en la causa, por lo tanto solo el demandado o ejecutado, según los casos, puede impetrar este incidente.

9.4. Plazo para la configuración del abandono de procedimiento: En primer lugar debe dejarse en claro que el abandono de procedimiento esta contemplado en el libro I del CPC, por lo tanto, este incidente es aplicable a toda clase de juicios, salvo los que indica el art 157 CPC.

Ahora bien, el plazo general de abandono de procedimiento, aplicable a toda clase de juicios, e insistimos, ordinario, sumario, ejecutivo u otros reglados por leyes especiales es de 6 meses desde la notificación de la demanda y hasta que se dicte sentencia firme en la causa, sin perjuicio de un plazo especial, de mayor extensión, a saber, de 3 años, aplicable únicamente a los juicios ejecutivos y que se torna aplicable después de dictada la sentencia firme en la causa o en el caso de la sentencia ficta de que trata el art 472.

En otras palabras hay 2 plazos de abandono de procedimiento, uno es de 6 meses, de aplicación general a toda clase de juicios, incluido el ejecutivo, que rige desde la notificación de la demanda y hasta la sentencia firme; el otro plazo es uno contemplado, únicamente, para el juicio ejecutivo y opera en un momento distinto, a saber, después de la sentencia firme o después de dictada la sentencia ficta, en el caso del art 472.

A modo de resumen de lo dicho más arriba puede emplearse esta fórmula sintética: mientras la discusión este pendiente (o sea, no hay sentencia firme), cualquiera sea la clase de juicio, el plazo de abandono es de 6 meses. Y si la discusión está agotada (o sea hay sentencia firme, real o ficta), habrá un plazo de 3 años que operará únicamente en el juicio ejecutivo.

9.5. ¿Desde cuando se cuenta el abandono de procedimiento?: Distinguir.

a) En el caso de la regla general (6 meses): Se cuenta desde la notificación de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos. Así se desprende del art 152 CPC que, si bien dice: “fecha de la última resolución”, la jurisprudencia ha entendido que el cómputo debe hacerse desde la fecha de la notificación de la resolución y no desde la fecha de la resolución, ya que las resoluciones que no estén o están notificadas no surten efectos.

b) En el caso de la regla especial del juicio ejecutivo: El plazo de 3 años de cuenta desde la fecha de la última gestión útil hecha en el procedimiento de apremio destinada a obtener el cumplimiento forzado de la obligación. Ahora bien, si después de ejecutoriada la sentencia definitiva dictada en el juicio ejecutivo, o bien, después de vencido el plazo para oponer excepciones a la ejecución, sin que se deduzcan, lo que determinará que opere el fenómeno de la sentencia ficta, y no existe ninguna gestión útil para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, el cómputo se hará desde la fecha en que quedó firme la sentencia real u operó el fenómeno de la sentencia ficta.

En suma, el cómputo de los 3 años configurativos del abandono del procedimiento se hace desde la última gestión útil destinada a obtener el cumplimiento forzado de la obligación; y si ninguna hubiere desde que quedó firme la sentencia real o la ficta en su caso, el cómputo se hará desde la fecha de firmeza de una y otra.

9.6. Tramitación: El incidente de abandono del procedimiento recibe la tramitación propia de los artículos. Esto significa que existe un período de discusión lo que implicará conceder un traslado al demandante para que exponga lo que a su derecho convenga, vencido el cual el tribunal recibirá o no

la causa a prueba si advierte puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que probar. La sentencia que resuelva el incidente podrá ser un auto o una sentencia interlocutoria. Será una sentencia interlocutoria si acoge el incidente toda vez que establece derechos permanentes a favor de la parte que obtiene en el incidente; y será un auto, si lo rechaza ya que nada impide que vuelva a formularse el mismo artículo si se configura la inercia del actor por los lapsos que la ley contempla.

9.7. Juicios en que no opera el abandono: Conforme al art 157 CPC el abandono de procedimiento no opera en los siguientes juicios: juicios de quiebra, juicios de división o liquidación de herencia, sociedades o comunidades.

9.8. Renuncia al abandono del procedimiento: En otra parte se dijo que es el demandado quien tiene la facultad de impetrar el abandono. Sin embargo el demandado puede renunciar tácitamente a este derecho en la forma que contempla el art 155 CPC. Según dicha norma: "Si, renovado el procedimiento, hace el demandado cualquiera gestión que no tenga por objeto alegar su abandono se considerará renunciado este derecho".

Múltiples son las formas en que el demandado puede renunciar a este derecho in siquiera advertirlo, así por ejemplo, se ha resuelto que, si en lugar de pedir en lo principal del escrito la solicitud de abandono se formula la petición de desarchivo de la causa se entiende abandonado el derecho a pedir el abandono por no haber sido la primera petición la de solicitar el abandono.

9.9 Formas de alegar el abandono: El abandono puede alegarse por vía de acción o de excepción, dice el art 154 CPC. Por acción se alegará cuando el demandado tome la iniciativa de formular el incidente después de transcurridos los plazos legales (6 meses/3 años). Por excepción, en cambio, se alegará cuando después de configurados los plazos legales sea el demandante quien intente renovar el procedimiento saliendo a su encuentro el demandado con este incidente en estudio.

9.10. Actos a los que el abandono no alcanza: Según el inciso segundo del art 156 CPC, declarado el abandono del procedimiento decaen todos los actos practicados en el proceso subsistiendo "sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos".

Derecho definitivamente constituido es aquel que constituye un derecho material o sustantivo o de fondo que surge al interior del proceso y conforme alguna de sus fórmulas o instrumentos. Así por ejemplo una conciliación acordada con uno de los varios demandados del que resulta un derecho material no puede decaer o devenir en ineficaz por la solicitud de abandono de otro demandado. De igual modo, en el juicio ejecutivo, el subastador de un inmueble, o sea, el tercero adquirente del mismo no pierde su derecho de dominio por la solicitud de abandono de procedimiento. Uno y otro caso son ejemplos de derechos materiales surgidos al alero de fórmulas o instrumentos procesales, los que quedan intactos.

9.11. Efectos del abandono de procedimiento: El abandono de procedimiento no extingue por si mismo las acciones y excepciones de las partes hechas valer en juicio (art 156 inc 1º CPC). Su efecto natural es que las partes pierden estas dos cosas: primero el derecho a continuar con el procedimiento y segundo todas las actuaciones ejecutadas o practicadas dentro de él, con excepción de los denominados "actos o contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos". El efecto más nefasto que tiene el abandono para el demandante es que hace decaer la notificación judicial de la demanda y con ella decae también el acto interruptivo de la prescripción extintiva que con el abandono se entiende no haber operado jamás (art 2503 CC). De este modo, si bien el abandono no extingue por si solo las acciones u excepciones hechas valer en juicio, su acogimiento abre las puertas para que ese trabajo lo haga la prescripción.

9.12. Paralelo entre el abandono y el desistimiento:

Desistimiento	Abandono

- Es un incidente especial.	- Es un incidente especial
- Solo puedo formularlo el demandante.	- Solo puede formularlo el demandado.
- Extingue por si solo la acción deducida.	- No extingue por si solo la acción deducida.
- Requiere poder especial para promoverlo.	- No requiere poder especial.

9.13 Las costas: Según el artículo 153 inc 2º parte final CPC si se declara el abandono del procedimiento en juicio ejecutivo, sin que medie oposición del ejecutante, este no será condenado en costas.

La tutela ordinaria, la tutela anticipada y la tutela cautelar

1.- La Tutela ordinaria y la Tutela Anticipada: Bien sabemos que la protección de los derechos e intereses legítimos se alcanza por medio del ejercicio de las acciones en los procedimientos declarativos o ejecutivos, cuyo producto es una sentencia definitiva que prodiga o confiere la tutela o protección el derecho. Dicho de otra manera la tutela ordinaria se consigue mediante la sentencia definitiva, como resultado de la tramitación de un juicio.

Sin embargo, por distintas razones, se han ido desarrollando otros mecanismos mediante los cuales se permite al órgano jurisdiccional anticipar la tutela jurídica antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva. La piedra angular de este movimiento esta en el cuestionamiento de la sentencia de fondo como objeto y fin del proceso, y en el reconocimiento de las limitaciones que tienen las medidas cautelares conservativas para responder a la protección requerida.

Las figuras que responden a esta idea son de variada índole pero tienen de común entre ellas el que suelen concederse en casos graves o urgentes requiriendo la semi-prueba del derecho o el otorgamiento de una caución. Cuando el derecho concibe un mecanismo que permite anticipar la tutela por algún instituto que no sea una sentencia definitiva firme estamos frente a la denominada: “tutela anticipada”.

No debe confundirse a la tutela anticipada con la tutela cautelar que más adelante se examina.

En efecto, la tutela cautelar no puede implicar la satisfacción inmediata del derecho que se pretende, si no que se limita a asegurar el resultado de la acción deducida. En otras palabras la tutela cautelar nunca puede ser idéntica a la tutela ordinaria que confiere u otorga la sentencia definitiva firme, o sea, por la tutela cautelar no se entra en el goce del derecho, aunque si puede resguardarse su futura ejecución o cumplimiento. En cambio la tutela anticipada es una forma de entrar, desde ya, en el goce del derecho mismo, o sea, la protección que prodiga la tutela anticipada es idéntica a la que confiere la tutela ordinaria; no es homogéneas, como ocurre con la tutela cautelar, si no que es exactamente igual a la que resultaría del pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Por otro lado, el proceso o tutela cautelar tiene siempre un carácter accidental o instrumental respecto de la cuestión principal en que se debate el derecho mismo. Por el contrario, la tutela anticipada no es instrumental a otro proceso, ni tiene por ello carácter accesorio ya que el goce del derecho se alcanza por ella misma y no por un conducto paralelo de carácter accidental a uno principal.

2.- La Tutela Anticipada en el derecho chileno: ¿Existe un reconocimiento general de la tutela anticipada en el derecho nacional? No existe un instituto, o sea, una regla de derecho general que permita la aplicación de la tutela anticipada al estilo de una disposición común a todo procedimiento. En lugar de una fórmula general lo que se tiene en Chile son manifestaciones específicas o particulares de la figura en estudio, de las que damos cuenta a continuación:

2.1. Ejecución provisional de la sentencia: La sentencias que causan ejecutoria, son una manifestación de la tutela anticipada porque antes de estar firme la sentencia es posible entrar en el goce del derecho pendiente un recurso contra la resolución que reconoce el derecho. Así pasa con las

sentencias impugnadas por el recurso de casación, otro tanto ocurre con las sentencias de pago dictada en el juicio ejecutivo recurrida de apelación la cual es posible de ejecutar anticipadamente rindiendo caución al efecto (art 475 CPC); lo mismo pasa con la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo (art 509 inc 2º CPC).

2.2. Concesión de alimentos provisionales: Conforme al art 327 CC: **"**Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible...". Hay aquí otra muestra de una tutela anticipada que viene dada por una resolución que no es la sentencia definitiva, pese a lo cual se anticipa el derecho mismo que se persigue.

2.3. Orden de pago de una cantidad no disputada: El art 1592 CC dispone que si no hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

Véase en esta atribución del juez otra muestra de tutela que se confiere por una resolución que no es una sentencia definitiva.

2.4. Utilización anticipada de una servidumbre: Otro caso de la tutela en estudio la contempla el art 123 del Código de Minería, según el cual: "Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas siempre que rinda caución suficiente...".

2.5. Entrega anticipada del predio arrendado: Una nueva versión de esta figura se encuentra en el art 6 de la Ley sobre arrendamiento de predios urbanos, a saber, la Ley 18.101, cuyo artículo 6 establece: "Si el arrendatario abandonare el inmueble sin restituirlo al arrendador, este podrá solicitar al juez de letras competente que se lo entregue, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe...".

2.6. Medidas precautorias que implican satisfacción anticipada: Antes de indicar los ejemplos de este tipo de tutela anticipada recordamos que las medidas precautorias integran la familia de las denominadas medidas cautelares, las que, según arriba se dijo, no están estructuralmente concebidas para anticipar el goce del derecho; sin embargo, excepcionalmente, algunas de ellas se comportan del modo como lo haría una tutela anticipada. Así ocurre con las que pasan en el caso:

2.6.1. En el derecho a la vida: El art 75 CC se dice que la ley protege la vida del que esta por nacer, en consecuencia, el juez debe, a petición de cualquier persona o de oficio, adoptar todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no-nacido. Ej: Recurso de protección en píldora del día después.

2.6.2. Derecho a la honra y privacidad: Un ejemplo de este tipo se conoció con motivo del recurso de protección caratulado "Luksic Craig con Martorell", causa en la que se prohibió, mediante una orden de no innovar, la circulación de un libro que amagaba la honra del recurrente (*"Impunidad diplomática"*).

2.6.3. Integridad física y psíquica: El art 6 de la Ley 20.066 sobre Violencia intrafamiliar permite al juez, en caso de peligro inminente adoptar las medidas de protección a favor de los afectados por la violencia intrafamiliar.

2.7. Ejecución provisional de la demanda: Contempla el art 684 CPC otra hipótesis de anticipación de tutela. Opera exclusivamente en el juicio sumario, y se trata de una sanción procesal al demandado que asume una actitud de rebeldía, no concurriendo al comparendo de estilo.

En tal situación se permite al tribunal acceder provisionalmente alo pedido, a instancia del actor, sin perjuicio de lo que resuelva en la sentencia definitiva.

3.- Tutela Cautelar:

3.1. Generalidades: Conforme a la estructura clásica del proceso civil, la protección jurídica de los derechos e intereses legítimos es consecuencia del proceso declarativo o ejecutivo. Sin embargo distintos motivos o razones han demostrado la insuficiencia del proceso para prodigar o conferir la protección del derecho. Lo que conspira con la protección del derecho es el componente temporal que media entre la petición que se formula y la sentencia definitiva que lo resuelve y en aquellos casos en que la duración del proceso es excesivamente dilatada hace que la justicia llegue tarde y mal. Para paliar este desfase temporal se han contemplado distintos mecanismos, a saber:

3.1.1. La sumarización de la fase declarativa: Con esto se busca diseñar procedimientos más concentrados que abrevien la distancia entre la demanda y la sentencia definitiva.

3.1.2. La tutela anticipada de los derechos: Cuyas manifestaciones expusimos con anterioridad y a ellas nos estamos.

3.1.3. El perfeccionamiento de los sistemas de ejecución de lo resuelto: En esta materia gran difusión ha alcanzado la técnica francesa de los "*astreintes*", o multas conminatorias, nacida en la jurisprudencia francesa; se trata de una sanción pecuniaria impuesta a "tanto por día" o por otra unidad de tiempo de retraso en el cumplimiento de una obligación establecida por resolución judicial.

3.1.4. Perfeccionamiento del sistema cautelar: También se incluye entre los paliativos del sistema temporal al perfeccionamiento del sistema cautelar que enseguida estudiamos.

3.2. Características de las medidas cautelares: Las medidas cautelares presentan las siguientes características.

3.2.1. Instrumentales: Esto significa que el proceso cautelar no constituye un fin en si mismo, si no que está concebido para asegurar el resultado de la acción principal entablada en el proceso; es decir el proceso cautelar es por definición accesorio del proceso en que se debate el derecho material o de fondo. En otras palabras el proceso cautelar está al servicio del proceso principal.

En nuestro medio esta característica se advierte en el art 290 CPC cuando establece lo siguiente: "*Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aún cuando no este contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas*...".

3.2.2. Temporales: Las medidas cautelares están concebidas para asegurar el resultado de la acción deducida; por ende, si desaparece el peligro que a medida cautelar intenta evitar o conjurar, debe con ello también hacerse cesar la providencia conservativa o asegurativa.

En nuestro medio esta característica se advierte en el art 301 CPC cuando establece: "*Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficiente*s".

3.2.3. Homogéneas: La homogeneidad es un criterio para comparar la tutela que confiere la providencia cautelar con aquella otra tutela que confiere la sentencia definitiva. Se dice que la providencia cautelar proporciona una protección semejante, homogénea u homóloga a la que prodiga la sentencia definitiva, todos los calificativos anteriores, homogéneo, homólogo o semejante, se oponen a idéntico o igual a la protección que surge de la sentencia definitiva. Con ello quiere resaltarse que nunca el proceso cautelar, salvo las excepciones que más arriba se detallaron, va a permitir al actor entrar en el goce del derecho, si no que en algo homogéneo, semejante y homólogo al mismo, pero de ningún modo idéntico. La protección que entraña un goce idéntico al que nace de la sentencia definitiva toma el nombre de tutela anticipada, cuyas diferencias con la tutela cautelar quedó consignada en otra parte.

3.2.4. Unilaterales: Esta característica es propia de este tipo de medidas cautelares ya que con ello se propende a asegurar la eficacia del proceso cautelar. Cuando decimos unilaterales queremos significar que el contradictorio, es decir, la bilateralidad de la audiencia aparece postergada en el proceso cautelar de suerte que la concesión de esta medida suele hacerse *inaudita altera pars* permitiendo que primero se practique la medida conservativa, sin conocimiento de la parte contra quién se dicta y postergando para un momento ulterior el debate que esta medida ya concebida y practicada pueda suscitar.

En nuestro derecho esta característica se advierte en el art 289 CPC, según el cual: "*Las diligencias expresadas en este título pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quién se piden (de plano), salvo los casos en que expresamente se exige su intervención*.

3.2.5. Idóneas: Esta característica apunta a evitar que la medida cautelar tenga una desproporcionada afectación de la esfera patrimonial del sujeto contra quién se decretan. En esta línea el mensaje del CPC indica: "*La reglamentación de las medidas precautorias hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante*".

El juez, por lo tanto, debe escoger dentro del elenco de medidas adoptables aquella que resulte proporcional o idónea a la pretensión deducida y no entorpecer el patrimonio del demandado infundadamente.

3.2.6. Deben limitarse a los bienes necesarios para responder al resultado del juicio: Constituye esta una exigencia legal que en nuestro medio figura establecida en el art 298 CPC.

4.- Las características en el art: "protección constitucional y cautela judicial": ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?[6]

4.1. A modo de complemento de las características anteriores como en las que hemos venido siguiendo el profesor Romero Seguel: "Curso de Derecho Procesal Civil..." páginas 53 y siguientes, damos ahora las características que menciona el profesor Tavolari en la obra indicada.

4.2. Desarrollo:

4.2.1. La Instrumentalidad: En este caso más que la actuación del derecho sustantivo está el interés de asegurar la eficacia de la sentencia definitiva. Si las resoluciones son instrumentos para actuar el derecho sustancial, las medidas cautelares serían entonces instrumento del instrumento.

4.2.2. La Provisionalidad: Esta característica pone de manifiesto el conocido aforismo del: "*Revus sic stantivus*". O sea, que la medida se mantienen en cuanto se conserven las circunstancias de hecho presentes al momento de su dictación.

4.2.3. Homogeneidad: Las medidas cautelares representan una ingerencia en la esfera jurídica del demandado, similar o parecida a ciertos actos del EVENTUAL PROCESO DE EJECUCIÓN; pero no idénticas a la que estos provocarían, porque si así fuera estaríamos frente a una ejecución sin título, lo que se encuentra dogmáticamente prohibido: "*Nulla executio sine título*".

En consecuencia las medidas cautelares no tienen aplicación en los procesos meramente declarativos, es decir, en aquellos en los que no sobreviene ejecución; reservándose únicamente para los procesos declarativo-constitutivo o declarativo de condena (responde esta distinción a la clasificación establecida por Couture entre procesos meramente declarativos-constitutivo y declarativo de condena)

---

[6] Tavolari Oliveros Raúl, "*Protección constitucional y cautela judicial"* en tribunales, jurisdicción y proceso, santiago 1994, Editorial jurídica, páginas 143 y siguientes.

4.2.4. La Idoneidad: Esta característica puede definirse así: Es la actitud que tiene la medida para caucionar exclusivamente el fin cautelar Y NO OTROS.

O sea que con ellas (las medidas cautelares) no puede apuntarse a obtener daños injustos o transacciones no equitativas.

4.2.5. La Unilateralidad: En el proceso cautelar no es que se derogue el contradictorio o bilateralidad de la audiencia sino que se le aplaza o posterga.

5.- Presupuestos de la actividad cautelar:

5.1. Son presupuestos de la actividad cautelar los siguientes:
a) *Fumus Bonis Iuris*.
b) *Periculum in Mora*.

5.2. Fumus Bonis Iuris: Este vocablo latino significa: "*Humo de buen derecho*", y en una palabra puede decirse que consiste en lo siguiente: en la **apariencia del derecho reclamado**; o sea en la justificación inicial, aunque sea produzca un convencimiento parcial acerca de la existencia del derecho o pretensión que se impera.

Este humo de buen derecho se traducirá, finalmente, en un grado de convicción acerca de la posibilidad de dictar sentencia de fondo favorable para el actor.

Para algunos, como Serrá Domínguez, ese grado de convicción consiste en la certeza del derecho. Para otros, en cambio, tal grado de convicción es absurdo, porque si fuera necesario ese grado de convencimiento el proceso principal estaría absolutamente demás.

En Chile llegó a utilizarse en el proyecto de CPC la siguiente expresión: "Semi plena prueba del derecho reclamado". Hoy en cambio, para conceder una medida precautoria el código exige que concurra el siguiente requisito: "presunción grave del derecho que se reclama" (art 298 CPC).

En suma, el "humo de buen derecho" es un requisito común a toda actividad cautelar, consiste en la concurrencia de antecedentes que al menos representen, aunque sea de modo precario, el derecho sustantivo o material que se reclama. Estos antecedentes no tienen que formar en el tribunal la convicción o certeza plena del derecho reclamado, basta que constituyan una presunción grave del mismo.

Ejemplo: Si se quiere asegurar el resultado de la acción de pago de rentas de arrendamiento la presunción grave del derecho será el contrato de arrendamiento. Si se quiere asegurar el resultado de una acción de cobro de pesos, la presunción grave estará constituida por el documento en que conste el mutuo. Si, por último, se intenta asegurar el resultado de una acción indemnizatoria deberá acompañarse el contrato (responsabilidad contractual) o invocarse los hechos (responsabilidad extracontractual) del que surge el deber de indemnizar y una aproximación de los daños.

5.3. Periculum in Mora: Con la expresión "*Periculum in Mora*" se alude al: "Peligro en la demora".

Bien sabemos que entre el hecho que da motivo al proceso y la sentencia hay un componente temporal más o menos extenso que justifica la existencia del proceso cautelar. Para que se conceda una medida cautelar debe acreditarse el riesgo o el peligro que surge por la demora en la dictación de la sentencia definitiva. Con la actividad cautelar no se persigue reparar el daño que la violación o incumplimiento jurídico del demandado trae consigo, papel que le está reservado a la sentencia en el proceso principal.

Víctor Fairén Guillén, tratadista español, dice que el *Periculum in mora* es: "La Mora de la sentencia que se dictará en el juicio declarativo, considerada en si misma como posible causa de ulterior daño".

No existe una norma en general que se refiera a la concurrencia el segundo presupuesto del peligro en la demora, sin embargo es posible extraerlo de distintas disposiciones y que en palabras del profesor Mario Casarino, pueden resumirse de este modo:
- Que el demandante tenga justo motivo de TEMER que la cosa objeto del juicio se pierda o deteriore en manos del demandado.
- O que el demandante estime que las facultades económicas del demandado no son suficientes para asegurar el resultado del juicio.
- O que el demandante tenga motivo racional para creer que el demandado procurará ocultar sus bienes[7].

Es justo indicar que solo el *Periculum in mora* provoca la necesidad de cautelar, y solo a partir de la concurrencia de dicho elemento tiene sentido revisar o examinar el humo de buen derecho o cualquier otro requisito. En otras palabras, sin peligro en la demora, aunque se tengan buenos antecedentes, no habrá actividad cautelar.

6.- La Contracautela:

6.1. Concepto: En palabras del profesor Romero Seguel la contracautela dice relación con los derechos que se reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar (Ob.cit. Pág. 65). A través de ella el legislador trata de equilibrar la posición entre los litigantes, buscando compensar el gravamen que la concesión de una medida precautoria impone al demandado o futuro demandado.

En suma, la contracautela puede definirse de este modo: "Conjunto de procedimientos destinados a resguardar los derechos de la persona contra quién se dictan las medidas cautelares de modo de resarcirse por los perjuicios que la concesión de la medida pueda irrogar".

6.2. Manifestaciones de la Contracautela:

6.2.1. Fianza o Garantía: La exigencia de una caución busca establecer un equilibrio entre 2 situaciones antagónicas: La de evitar los perjuicios que pueden derivarse de la demora en la resolución del proceso principal y la de asegurar el resarcimiento de los daños que eventualmente pueden ocasionarse al demandado con las medidas cautelares. En teoría la fianza o garantía debiera contemplarse en toda clase de medida cautelar; sin embargo, en nuestro derecho la exigencia de este tipo de caución solo surge como condición ineludible para el otorgamiento de las denominadas: "Medidas cautelares innominadas (art 298 CPC)" y en las medidas prejudiciales precautorias (art 279 nº 2 y 298 CPC). En las medidas cautelares ordinarias, o sea las expresamente contempladas por el legislador, la fianza no constituye una exigencia o presupuesto para su concesión.

6.2.2. Alzamiento, cesación o reducción de la medida: Un segundo componente del derecho a la contracautela proviene de la posibilidad de solicitar el alzamiento, la cesación o la reducción de la precautoria.

El fundamento de la petición se encontrará en haber decaído los supuestos que la hicieron procedente, o bien, justificando que la medida concedida es excesiva o desproporcionada.

6.2.3. Indemnización de perjuicios: La indemnización de perjuicios no está contemplada de un modo general en nuestro ordenamiento y solo encontramos una manifestación específica en el art 280 CPC conforme al cual si no se presenta la demanda dentro de los 10 días siguientes a la concesión de la medida prejudicial, o no se pide en la demanda que continúen en vigor las precautorias decretadas, o

---

[7] Casarino Viterbo Mario "*Manual de Derecho Procesal*" Tomo III, página 197.

al resolver estas el tribunal no las mantiene, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados.

Se trata, en todo caso, de una presunción simplemente legal de actuación dolosa, pudiendo el futuro demandante demostrar que su procedimiento no fue doloso. En otras palabras, el que pide una medida prejudicial tiene una importante carga procesal sobre él, consistente en consolidar su petición prejudicial entablando demanda dentro del término legal; de no hacerlo, o bien, al presentar su demanda no pedir que se mantengan las medidas prejudiciales concedidas; o, por último, al resolver sobre éstas no mantenerlas el tribunal se considerará doloso el procedimiento del peticionario. Se trata ésta de una presunción simplemente legal de dolo, pudiendo el solicitante demostrar que no hubo mala fe de su parte al no presentar oportunamente su demanda o no pedir que se mantengan las prejudiciales concedidas.

7.- Las medidas prejudiciales y las medidas precautorias. Análisis comparativo[8]:

Medidas Prejudiciales	Medidas Precautorias
- **Concepto:** Las medidas prejudiciales son aquellas que consisten en los medios que franquea la ley a **las partes** litigantes para preparar su entrada al juicio.	- **Concepto:** Las medidas precautorias son aquellas que están destinadas a asegurar el resultado de la acción interpuesta por el **demandante.**
- **Titularidad:** Las prejudiciales le pertenecen **tanto al demandante como al demandado**, porque uno y otro tendrán la misma necesidad, según los casos, de preparar su entrada al juicio.	- **Titularidad:** Las medidas precautorias tienen como único titular **al demandante** ya que su objeto es asegurar el resultado de la acción deducida.
- **Oportunidad:** Las medidas prejudiciales deben su nombre: “Pre-judicial” a la circunstancia de ser anteriores al juicio. El juicio se inicia con la notificación judicial de la demanda; por lo tanto, las medidas prejudiciales tienen una oportunidad demarcada por el inicio del juicio. En otras palabras, un procedimiento puede iniciarse con una medida prejudicial, pero no por ello se habrá iniciado el juicio, cuyo principio estará determinado por la notificación legal de la demanda.	- **Oportunidad:** Conforme al art. 290 CPC: “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO, aún cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas”. De esta norma se desprende que la oportunidad para solicitar medidas precautorias es a contar del inicio del juicio, o sea, a partir de la notificación judicial de la demanda. No hay medidas precautorias antes del inicio del juicio. Por excepción la ley autoriza que existan precautorias que se tramiten como prejudiciales, pero esta modalidad pone aún más de manifiesto que se trata de una figura excepcional ya que la regla general es que comiencen con el inicio del juicio. El juicio termina con la sentencia firme; por lo tanto puede impetrarse medida precautoria hasta antes de que se dicte sentencia firme, incluso es posible pedirlas estando las partes citadas para oír sentencia. Así lo permite el art. 433 CPC.
- **Finalidad:** Las medidas prejudiciales tienen una triple finalidad de la cual arranca también su clasificación, a saber, a) medida prejudicial preparatoria; b) medida prejudicial probatoria; y c) medida prejudicial precautoria.	- **Finalidad:** La medida precautoria tiene una sola finalidad, a saber: Asegurar el resultado de la acción deducida.
- **Reglamentación:** Las medidas prejudiciales están reglamentadas en el libro segundo del CPC. Esto significa que están contenidas en el	**- Reglamentación:** Las medidas precautorias están reglamentadas en el libro II CPC y comprenden los art. 290 a 302. Caben sobre

[8] Casarino Viterbo Mario “*Manual de Derecho Procesal*” Tomo III, página 197.

libro que reglamenta el juicio ordinario; por lo tanto merced a la aplicación del art. 3 CPC son aplicables a todo procedimiento (art. 273 - 289 CPC).	ellas las mismas explicaciones que dimos, sobre este punto, en torno a las prejudiciales.
- **Clasificación:** Las medidas prejudiciales se clasifican de esta manera: **a) Preparatorias.** **b) Probatorias.** **c) Prejudiciales.**	- **Clasificación:** Las medidas precautorias se clasifican de esta manera: **a) Generales:** Se trata de las medidas enumeradas en el art. 290 CPC. **b) Especiales:** Se trata de aquellas que en particular contemplan leyes especiales distintas del CPC. **c) Innominadas:** Se trata de aquellas a que hace referencia el art. 298 CPC y consisten en aquellas que EL JUEZ puede decretar en un caso particular, no estando expresamente autorizadas por la ley. La particularidad de este tipo de medidas es que exigen **contracautela**, o sea, para concederlas el juez va a exigir caución, lo que no ocurrirá, por regla general, en las restantes.

8.- Las medidas prejudiciales. Análisis en particular:

8.1. Concepto: Son aquellas que tienen por finalidad preparar la entrada de las partes litigantes al juicio.

8.2. Oportunidad: Por definición, las prejudiciales se impetran antes del inicio del juicio, o sea, antes de estar notificada la demanda.

8.3. Clasificación: Hay 3 criterios para clasificar las prejudiciales. En el análisis comparativo dimos cuenta de solo uno de ellos, a saber, el criterio que mira a su naturaleza. Ocupémonos, enseguida, de los 3 criterios en conjunto.

8.3.1. Según la parte que las pide:

a) Prejudiciales del futuro demandante: Son aquellas concebidas para que se prepare la entrada al juicio del demandante. Se cuentan entre ellas las siguientes: las contempladas en los art. 273, 279, 280, 281, 282, 284, 285 y 286 CPC.

b) Las que solo puede pedir el demandado: Se trata de aquellas concebidas para preparar la entrada al juicio del demandado y aquí están la siguientes: art. 273 nº 5, 281, 284, 286 y 288.

Si existe coincidencia entre unas y otras, al alcance del demandante y el demandado, es porque cumplen propósitos comunes a una y otra parte litigante.

8.3.2. Según la finalidad de las medidas prejudiciales: Estas se clasifican de este modo:

a) Preparatorias: Ejemplo: Declaración jurada del futuro demandado acerca de su capacidad para comparecer en juicio.

b) Probatorias: Ejemplo: Inspección del tribunal, informe de peritos, examen de testigos.

c) Precautorias: Ejemplo: Prohibición de celebrar actos y contratos.

8.3.3. Según su naturaleza: Se clasifican en:

a) Prejudiciales propiamente dichas: Constituyen la regla general y están concebidas fundamentalmente para preparar la entrada al juicio o asegurarse de medios probatorios que puedan desaparecer.

b) Prejudiciales precautorias: Constituyen una excepción, autorizada por el legislador, ya que se trata de medidas de aquellas que aseguran el resultado del juicio y que por expresa disposición de la ley y reuniendo requisitos especiales, entre ellos la contracautela de la fianza o caución, se anticipan a una fase anterior al inicio del juicio.

8.4. Tramitación: Las medidas prejudiciales reciben tramitación incidental. Se trata de cuestiones accesorias al juicio y atendida la provisionalidad que caracteriza a estas como a las precautorias la resolución que las falle será un auto ya que su concesión no establece derechos permanentes para el solicitante.

Si bien es cierto que la tramitación a que se sujetan las medidas prejudiciales es de orden **incidental**, debe advertirse que la incidencia a que den lugar estas medidas está diferida en el tiempo. En otras palabras cobra aquí aplicación la característica de la **unilateralidad** que en otra parte comentamos, conforme a la cual este tipo de medidas son concedidas de plano, es decir, sin oír a la contraparte, de allí que solo una vez que el demandado, o demandante en su caso, tome conocimiento de la medida decretada se computará el plazo para formular oposición y generar la incidencia (art 289 CPC).

Esta unilateralidad que comentamos a propósito de las medidas prejudiciales reaparece también en las medidas precautorias, ya que el art 302 CPC autoriza a que se practique la medida precautoria de que se trate sin previo conocimiento del demandado, subordinando la mantención de la misma a la posterior notificación del afectado en el plazo que la ley señala y que es de 5 días, sin perjuicio de aumentarse dicho término por motivos fundados. Terminemos diciendo que esta unilateralidad de las precautorias, es decir, el contradictorio diferido en el tiempo que las caracteriza no opera de modo instantáneo, como ocurre con las prejudiciales, sino que es necesario pedirlo de modo especial. A fin de cuentas, recuérdese, que en una medida precautoria ya está notificado el demandado, lo cual no ocurre con una prejudicial.

8.5. Requisitos: Las medidas prejudiciales, y también las precautorias, según veremos más adelante, están sujetas a un doble tipo de requisitos de orden general y especial.

El requisito general de las medidas prejudiciales está contemplado en el art 287 CPC y consiste en que el solicitante indique en su petición cual es la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos (Ej: Tercer otrosí, se deducirá acción reivindicatoria y su fundamento descansa en la escritura de compraventa otorgada en...). Al requisito general antes enunciado deberá añadirse el requisito específico o particular de la prejudicial que de en concreto se trate. A propósito del cúmulo de requisitos, generales y especiales, conviene señalar que en el caso de las medidas prejudiciales, precautorias concurrirán simultáneamente para su concesión los requisitos generales y especiales de unas y otras. De la suma de uno y otro tipo de requisitos obtenemos lo siguiente:

8.5.a. Requisito general de la prejudicial: Que se indique la acción a deducir y someramente sus fundamentos (art 287 CPC).

8.5.b. Requisito general de las precautorias: Que se limiten a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio (este requisito revela la característica de la idoneidad que comentamos al inicio de la materia), art 298 CPC; que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*), art 298 CPC.

8.5.c. Requisito especial de las prejudiciales precautorias: Que exista motivo grave y calificado (de allí que se diga que este tipo de perjudiciales son excepcionales); que se determine el monto de los bien sobre que deben recaer las medidas precautorias (este es un requisito de tipo cuantitativo y no es igual al del art 298 CPC que incide en la determinación de los bienes en que recae la medida, y no al monto de los mismos); y por último que se rinda fianza u otra garantía suficiente a juicio del tribunal para responder por los perjuicios que se origina, multas que se impongan.

En suma, sea que se trate de conceder una prejudicial o una precautoria, el juez deberá verificar la concurrencia de los requisitos generales y específicos de unas y otras, respectivamente. Ahora bien cuando se trate de conceder una prejudicial precautoria el juez deberá sumar los requisitos generales y específicos de cada una de ellas, lo que normativamente se traduce en sumar los artículos 287, 298 y 279.

Artículo	Prejudicial	Titular	Sanción	Naturaleza	Concesión
273 nº 1.	Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para comparecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes.	Futuro demandante.	Multas o arrestos. Art 274.	Preparatoria.	No opera a simple pedido. Art 273 inc 2º.
273 nº 2.	Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar.	Futuro demandante.	Multas y arrestos e incluso el allanamiento del lugar en que se halle la cosa. Art 275 y 276.	Preparatoria.	No opera a simple pedido.
273 nº 3.	La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas.	Futuro demandante.	El futuro demandado remiso pierde el derecho de hacer valer en su favor los documentos que se rehusó a exhibir, salvo que la otra parte los haga valer en apoyo de su defensa, o que justifique que no pudo exhibirlos, o bien, si se refieren a hechos distintos de los que motivaron la solicitud.	Preparatoria/ Probatorio.	No opera a simple pedido.
273 nº 4.	Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los art 42 y 43 del código de comercio.	Futuro demandante.	La misma del art 277, y además la siguiente: si los libros de contabilidad pertenecen a un comerciante será juzgado por los libros de su colitigante.	Preparatoria/ Probatoria.	No opera a simple pedido.
273 nº 5.	El reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado.	**Futuro demandante y futuro demandado. Art 288.**	Si no asiste el citado a la audiencia, o solo da respuestas evasivas se tiene por reconocido el documento. Art 278-435 CPC.	Preparatoria/ Probatoria.	**La diligencia del nº 5 del 273 se decretará en todo caso. Los otros 4 solo cuando a juicio del tribunal sean necesarios para que el demandante**

					pueda entrar en el juicio.
282.	Declaración jurada o exhibición de título de parte del simple tenedor de la cosa de que procede la acción o es objeto de ella.	Futuro demandante.	Multas o arrestos.	Preparatoria.	No opera a simple pedido.
285.	Constitución de apoderado judicial. **Aquí el *periculum in mora* consiste en el temor de que una persona se ausente del país.**	Futuro demandante.	Queda apercibido el futuro demandado de nombrarle un curador de bienes.	Preparatoria.	No opera a simple pedido.

9.- Medidas prejudiciales. Análisis comparativo:

10.- Prejudicial precautoria:

Articulo	Prejudicial precautoria	Titular	Requisitos
296	Prohibición de celebrar actos o contratos con relación a los bienes que son materia del juicio, **y también respecto de otros BIENES DETERMINADOS del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.**	SIEMPRE es el futuro demandante, nunca el futuro demandado.	**a)** Dicho en simples términos normativos: art 287, 298, 279 y 296, cuando se trate de bienes que no son objeto del juicio. **b)** Dicho en términos analíticos: **b.1. Art 287:** Expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. **b.2. Art 298:** Que se limiten a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio. **b.3. Art 298:** Que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Pudiendo ampliarse el plazo para presentar estos comprobantes, por un término que no exceda de 10 días, conforme al art 299 CPC. **b.4. Art 279:** Que concurra motivo grane y calificado. **b.5. Art 279 nº 1:** Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias. **b.6. Art 279 nº 2:** Que se rinda fianza u otra garantía suficiente. **b.7. Art 296:** Que, tratándose de bienes que no son objeto del juicio, se acredite que el patrimonio del demandado no ofrece suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.
300	**Nota:** Solo, para mayor ilustración, y aunque no se trate de prejudiciales, recordamos que existen precautorias que están reglamentadas en leyes especiales.	Futuro demandante.	Los que establezcan las leyes especiales.
298	**Nota:** Existe un tipo de medidas precautorias, que no están expresamente contempladas en la ley, de allí que se llamen “innominadas”, que decreta el juez, concurriendo los requisitos generales de toda	Futuro demandante.	**Aquí opera la contracautela, porque en las innominadas se exige caución.**

	precautoria y el requisito especial de la caución.		

11.- Prejudiciales Probatorias:

Artículo	**Prejudicial**	**Titular**	***Periculum in Mora***	**Bilateralidad**	**Sanción**
281	Inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal o certificado del ministro de fe. **Con la indicación de esta prejudicial se asoma un antecedente importante en lo que atañe a la actividad probatoria dentro del proceso ya que, si existen prejudiciales probatorias, quiere decir que hay prueba en una fase incluso anterior al término probatorio.**	Futuro demandante/ futuro demandado. Art 288 CPC	Que exista peligro inminente de un daño o perjuicio o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer.	Art 281 inc 2º: Debe darse previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar o contra quien se decreta si se encuentra en el lugar del juicio. En los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes.	No tiene.
284	Confesional, sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal.	Futuro demandante/ futuro demandado. Art 288 CPC	Que haya motivo fundado para temer que una persona se ausente del país.	Toda prueba confesional, estructuralmente, supone siempre que el absolvente se entere de la diligencia pedida.	Se le dará por confeso respecto de los hechos contenidos en el pliego de posiciones aprobado por el tribunal.
286	Testimonio.	Futuro demandante/ futuro demandado. Art 288 CPC	Que exista impedimento grave para recibir la declaración del testigo en el término probatorio del juicio ordinario, o bien, que haya fundado temor de que no puedan recibirse las declaraciones oportunamente. Art 286.	Para practicar la diligencia debe darse conocimiento previo a la persona contra quien se decreta, cuando se halle en el lugar donde se expidió la orden o donde deba tomarse la declaración; y en los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes	No hay.

12.- Precautorias:

Art	Medida	Recae	*Periculum in mora*	Homogeneidad
291	Secuestro.	Sobre bienes muebles que constituyan el objeto del juicio, sea que se ejerza la acción reivindicatoria contra el poseedor u otras acciones diversas contra el mero tenedor.	Que haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que la tenga.	El secuestro implicará la entrega de la cosa a un tercero, en calidad de depositario, que toma el nombre de "secuestre". La homogeneidad, en este caso, consiste en asegurar en el futuro el éxito de la acción reivindicatoria, pero de ningún modo puede ser idéntica al acogimiento de la misma; de allí que la cosa se entrega a un tercero y no al actor reivindicante.
293	Nombramiento de uno o más interventores.	Sobre bienes muebles o inmuebles, siendo en su mayoría cosas que constituyen el objeto mismo del juicio.	Que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio. 293 nº 4 CPC.	Según el art 294 CPC las facultades del interventor se limitan a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado. Solo en el caso en que el interventor detecte malversación dará de ello noticia al juez para que éste ordene el depósito y retención de los productos líquidos de la cosa, en un establecimiento de comercio. Esta medida es homogénea y no idéntica a la que resultaría de permitirle al actor hacerse pago directo con los productos líquidos de la cosa objeto de la medida. Nótese que aquí tan solo se lleva cuenta de las entradas y gastos. Mírese la gran diferencia entre esta precautoria y la prenda pretoria que contempla el art 500 CPC, que

				permite al acreedor de este tipo de prenda hacerse pago directo con los frutos civiles de la cosa.
295	Retención de dinero o cosas muebles, **sean o no materia del juicio.** Esta medida es distinta del secuestro porque éste solo recae en cosas muebles, pero que son objeto del juicio. Además, la retención puede hacerse en manos incluso del propio demandado, en cambio el secuestro siempre se hace en manos de un tercero.	Esta medida recae sobre dinero o cosas muebles, sean o no objeto del juicio. Cuando se decreta la retención sobre otros bienes del demandado es necesario acreditar su insolvencia, es decir, que sus bienes no ofrecen garantía de atender al futuro acogimiento de la acción deducida.	Que haya motivo racional para creer que el demandado ocultará sus bienes.	La retención consiste en un depósito, sea que se haga en manos del actor, del demandado o de un tercero. La tenencia de la cosa, en consecuencia, no es a título de *domine*, si no que como mero tenedor.
296	Prohibición de celebrar actos o contratos.	Sobre bienes muebles o inmuebles, sean o no materia del juicio. Con todo, en este segundo caso, será necesario acreditar la insolvencia del demandado para extender la medida a otros bienes distintos de los que se litigan. **¿Qué efecto produce esta medida?** Esta medida, al igual que la retención, recién vista, determina la existencia de objeto ilícito en la enajenación de aquellas cosas sobre los que recae la medida. Art 1464 nº 3. **¿Desde cuando produce efectos?** Distinguir: Entre	Peligro de transferencia del inmueble.	La cosa no sale o se desplaza del patrimonio del deudor, tan solo queda interdicta por el tiempo en que la medida se extienda.

		partes, desde que se decreta y notifica; frente a terceros, desde que se inscribe en el respectivo registro conservatorio. Art 297.		

13.- Idoneidad; unilateralidad; contracautela; y homogeneidad en el proceso cautelar[9]: Vistos en detalle los alcances particulares de las medidas prejudiciales, en sus 3 modalidades, y las medidas precautorias, ya estamos en condiciones de hacer un balance para comprobar la concurrencia de aquellas notas que caracterizan al proceso cautelar y que comentamos al comienzo de esta materia. De lo anterior resulta lo siguiente:

13.1. Idoneidad: Recuérdese que la idoneidad apunta a que la medida cumpla exclusivamente un fin cautelar, y no otro distinto, que resulte abusivo o notoriamente perjudicial para el demandado, o sea, lo que se busca evitar es que se manipule a la cautelar decretada. Manifestaciones de la idoneidad las encontramos en el art 298 CPC cuando dice: "... se limitarán a los bienes necesarios para...", y también en el art 279 cuando ordena que: "...que se determine el monto de los bienes", o bien, en los casos en que se exige acreditar la insolvencia del demandado como requisito para extender la medida a bienes distintos de los que se litigan como ocurre con la retención (art 295 CPC) o con la prohibición de celebrar actos y contratos.

13.2. Unilateralidad: La unilateralidad, ya vimos, se traduce en postergar el contradictorio para un tiempo posterior a la concesión y ejecución de la cautelar decretada. Esta unilateralidad viene establecida por los art 289, en el caso de las prejudiciales; y 302, en el caso de las precautorias. Pese a lo dicho existe un campo en que la unilateralidad nunca se decreta o tiene lugar, es decir, esta actividad cautelar nunca se hace a espaldas del demandado. Nos referimos a las medidas prejudiciales probatorias, en todas las cuales debe darse noticia al demandado de la diligencia decretada u ordenada.

[9] Especial atención.

13.3. Contracautela: La contracautela consiste en todos aquellos dispositivos que resguardan el futuro derecho a resarcirse que tiene el sujeto afectado por el proceso cautelar. Esta contracautela la advertimos en las medidas precautorias innominadas, es decir, en aquellas que, conforme al art 298 del CPC puede decretar el juez, sin estar expresamente contempladas en la ley. También hay contracautela en la medida prejudicial precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos.

13.4. Homogeneidad: La homogeneidad se nota, especialmente, en las medidas precautorias porque éstas tienen como propósito asegurar el resultado de la acción deducida y por ende tendrán siempre un parecido al efecto resultante del acogimiento de la acción deducida.

Nos remitimos a lo dicho en el pertinente acápite o apartado que sobre la homogeneidad se expuso en el cuadro anterior y recordamos, a modo ejemplar, la enorme diferencia entre el nombramiento de interventor y la prenda pretoria.

14.- *Fumus Bonis Iuris y Periculum in Mora*: Recuérdese la concurrencia de estos elementos, que para cada medida exige la ley. Repárese en especial que las prejudiciales preparatorias del art 273 CPC no operan a simple pedido, salvo la del número 5, debiendo en los restantes casos demostrarse que son necesarias para entrar al juicio. Recuérdese también el *periculum in mora* que detallamos en las prejudiciales probatorias y en las precautorias.

Juicio Ordinario de Mayor Cuantía

1.- Concepto: Es el procedimiento declarativo, común o de aplicación general, supletorio, escrito, de mayor cuantía, reglado en el CPC, libro II artículos 253 a 433, inclusive, aplicable al ejercicio de las acciones meramente declarativas, declarativas de condena o declarativas constitutivas, que no tengan por ley señalados un procedimiento especial para su tramitación.

2.- Características:

2.1. Declarativo: Declarar significa reconocer, dar por establecido, o existente un derecho que un litigante reclama en su favor, o bien constituir, en virtud de la propia sentencia judicial, un estado o relación jurídica antes inexistente. El juicio ordinario es declarativo porque por su conducto se tramitan las acciones declarativas o constitutivas definidas en los términos anteriores. El juicio ordinario será también la ritualidad aplicable a las acciones meramente declarativas, vale decir, aquellas que no suponen una ejecución posterior de lo resuelto, sino que se conforma con el mero pronunciamiento judicial.

El juicio ordinario, y su característica declarativa, permite diferenciarlo de los juicios ejecutivos en el sentido de que éstos se fundan en un título que tiene una fuerza especial, asignada por la ley, para obtener el cumplimiento forzado de una obligación, elemento que fortalece la posición del ejecutante en desmedro del ejecutado ya que existe un principio de certeza, constituido por el título ejecutivo que se invoca; lo que no ocurre en el juicio ordinario ya que este último no existe un principio de certeza en torno al derecho el cual se obtendrá con la dictación de la sentencia definitiva, de allí que a ésta se la tenga como título ejecutivo (art 434 nº 1 CPC).

En suma, la incertidumbre del derecho que se invoca hace que el juicio ordinario cumpla a su respecto una función declarativa, mientras que el principio de certeza que asiste al título ejecutivo hace que el juicio ejecutivo cumpla a su respecto una función compulsiva o de cumplimiento.

2.2. Común o de aplicación general: Esta característica arranca del art 3 CPC conforme al cual: *se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza*.

El juicio ordinario de que trata el libro II del CPC se comporta como un “modelo ritual”, es decir, se trata de un prototipo de procedimiento dotado de las más amplias garantías de igualdad de armas y de contradictorio o bilateralidad de la audiencia para ambas partes, establecido por el legislador para que sea la regla general en la resolución de los conflictos suscitados con motivo del ejercicio de acciones declarativas.

No se piense, sin embargo, que el juicio ordinario es el único juicio declarativo de aplicación general; también existen otros como el juicio ordinario de menor y mínima cuantía, reglados en los art 698 a 738 CPC. A estos juicios declarativos debe todavía añadirse el juicio sumario que también tiene naturaleza declarativa y se encuentra reglamentado en los art 680 y siguientes CPC.

2.3. Supletorio: Esta característica también tiene su fuente en el art 3 CPC y se traduce en que cualquier procedimiento especial que no de solución en el conjunto de su normativa a una situación concreta, se verá complementado por el solo ministerio de la ley por las normas del juicio ordinario. En otras palabras, en el silencio de los procedimientos especiales rigen los preceptos del juicio ordinario.

2.4. Escrito: Esta característica tiene su fuente legal en el art 29 CPC[10]. Esta cualidad no se opone a ciertas excepciones en que la oralidad se muestra como ocurre con la prueba

---

[10] "Artículo 29.- *Se formará la carpeta electrónica con los escritos,documentos, resoluciones, actas de audiencias y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio. Estos antecedentes serán registrados y conservados íntegramente en orden sucesivo conforme a su fecha de presentación overificación a través de cualquier medio que garantice la fidelidad, preservacióny reproducción de su contenido, lo que se*

testimonial, confesional o la designación de peritos, aunque debe advertirse que pese al carácter oral que tienen los casos recién anotados, debe sin embargo dejarse constancia de ellos en un acta, con lo que, finalmente, la oralidad cede el paso a la escrituración. La única actuación genuinamente oral del juicio ordinario son los alegatos que tienen lugar en la vista de los recursos de apelación y casación que el CPC contempla.

2.5. Mayor cuantía: Cuando estudiamos la cuantía como elemento de la competencia absoluta dijimos que este componente no determina, en el plano civil, tribunal absolutamente competente, como si ocurre en el proceso penal en que la cuantía sí tiene ese efecto.

En el ámbito civil la cuantía determina procedimientos aplicables; así pasa con el juicio ordinario que tiene 3 variantes según el valor de la cosa disputada y que permite distinguir en:

- Juicio ordinario de mínima cuantía: Se aplica cuando la cuantía no excede de 10 UTM (art 703 CPC).
- Juicio ordinario de menor cuantía: Se aplica cuando la cosa disputada tiene un valor que oscila entre 10 y 500 UTM (art 698 CPC).
- Juicio ordinario de mayor cuantía: Cuando la cosa disputada excede en su valor de 500 UTM.

3.- Estructura del juicio ordinario: Todo juicio ordinario, cualquiera que sea su naturaleza, atraviesa por estas 4 fases: discusión, conciliación, prueba, sentencia.

Sin embargo la situación antes descrita, que llamaremos común, frecuente u ordinaria, se puede ver alterada por la eventual anteposición de un proceso cautelar, consistente en una medida prejudicial, que sirva de antesala al inicio del juicio ordinario, porque así lo permite el art 280 y 253 CPC; y también puede ocurrir que, estando ya en la fase de discusión del juicio ordinario, el demandado contraataque al demandante deduciendo o formulando una demanda en su contra, que toma el nombre de reconvención, lo que redundará en la adición de trámites a la fase de discusión y en especial el que consiste en el siguiente: "dúplica en la reconvención".

4.- Fase de Discusión:

4.1. Estructura: Demanda, contestación de la demanda, réplica y dúplica.

4.2. Demanda:

---

regulará mediante auto acordado de la Corte Suprema. La carpeta electrónica estará disponible en el portal de internet del Poder Judicial, *salvo que la ley establezca lo contrario o habilite al tribunal pararestringir su publicidad, o la de alguna parte de ella. Ninguna pieza de la carpeta electrónica podrá eliminarse sin que previamentelo decrete el tribunal que conoce de la causa*.

4.2.a. Concepto: Es un acto procesal por cuyo medio una parte, llamado actor, hace valer las acciones en el proceso que consisten en pretensiones de ser titular de un derecho.

Materialmente la demanda es un escrito, un documento, un papel, sujeto a formalidades. Dicho documento es el que contiene las acciones por cuyo medio se hacen valer las pretensiones.

4.2.b. Contenido y forma de la demanda: La demanda debe contener las enunciaciones que menciona el art 254 CPC. Son tales, las siguientes:

1. La designación del tribunal ante quién se entabla: Esta formalidad se satisface señalando mediante siglas la naturaleza del tribunal ante el cual se entabla la demanda. En el caso de los jueces de letras la sigla aplicable es la siguiente: S.J.L. (Señor Juez de Letras). Para complementar, y aunque no se trate de una demanda, digamos que si se entabla un recurso ante la corte de apelaciones la designación dirá lo siguiente: “Ilustrísima corte”, y si se trata de la Corte Suprema la denominación será esta: “Excelentísima corte”.

2. Nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representan y de la naturaleza de la representación: Este requisito tiene relevancia porque repercute en el alcance subjetivo de la cosa juzgada, específicamente en la identidad legal de personas de que trata el art 177 nº 1 CPC, mismo que reaparece en el art 170 nº 1 CPC.

3. Nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado: Caben aquí las mismas explicaciones dadas para el numeral anterior.

4. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan: Subyace en este requisito o mención el instituto de la causa de pedir, que como bien sabemos, consiste en el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio y tal fundamento se encuentra en la descripción de los hechos configurativos del derecho que se reclama o invoca. En cuanto a la indicación del derecho, es decir de la indicación de las normas jurídicas que sustentan la demanda, recordamos que la preceptiva legal que invoquen las partes no vincula al juez, quien es soberano en la aplicación del derecho, y ello como consecuencia natural del conocido procardo *iura novit curia*.

5. La enunciación precisa y clara consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal: La importancia de esta mención consiste en que constituye el marco petitorio del libelo y por ende determina la competencia del tribunal llamado a resolver el asunto no pudiendo exceder el contenido de las acciones formuladas, so riesgo de incurrir en *ultra petita*.

4.2.c. Examen de admisibilidad de la demanda: Al inicio de nuestros estudios dijimos que las condiciones para el ejercicio de la acción están constituidas por la formulación de una pretensión y la observancia de solemnidades legales. Dijimos también que recae sobre el juez un principio de inexcusabilidad que le obliga a fallar el asunto no obstante no existir ley que resuelva el asunto (hasta la Ley de organización y atribuciones de los tribunales de 1875, imperaba en Chile el principio inverso, esto es, el de la excusabilidad, llamado también de “referencia al legislador”. Ver *“Fuentes del derecho chileno en la codificación”* Topacio Ferreti Aldo), siempre y cuando el asunto sometido a la decisión del juez sea de su competencia y que su intervención se reclame en forma “legal”. De lo anterior surge que si no se observan solemnidades legales no se cumplen con las condiciones de ejercicio de la acción, y a tal extremo llega esta exigencia que el art 256 CPC autoriza al juez para que, oficiosamente, no de curso a la demanda que no contenga las 3 primeras enunciaciones del art 254 CPC. En esto consiste el examen de admisibilidad de la demanda.

4.2.d. Providencia de la demanda: Por excelencia, la providencia que debe recaer en una demanda tiene la naturaleza de un decreto y es del siguiente tenor: “traslado”.

La fórmula “traslado” condensa el principio contradictorio o de bilateralidad de la audiencia que informa al juicio ordinario. Pronunciado este decreto, y después de su notificación, nace para el demandado la carga procesal de contestar la demanda ejerciendo su derecho a defenderse.

4.2.e. Notificación de la resolución que recae en la demanda: Nos remontamos al art 40 CPC conforme al cual la primera notificación a las partes debe hacerse de modo personal. Sin embargo, tratándose del actor, la notificación de la resolución que recae en la demanda no requiere ser personal ya que el demandante tiene sobrado conocimiento de la demanda interpuesta por él, de allí que el art 40 inc 2º CPC establezca que al actor se le notifica por el estado diario.

4.2.f. Providencia de la demanda en el juicio ejecutivo y en el juicio sumario: Ahora que conocemos la resolución que recae en la demanda presentada en juicio ordinario conviene hacer las comparaciones necesarias con otro tipo de procedimientos distintos del que actualmente estudiamos, esto es, el juicio ejecutivo y el juicio sumario.

Como el juicio ordinario es declarativo de derechos, lo que implica que no existe principio inicial de certeza en torno a la pretensión que formula el actor, es comprensible que el legislador coloque al demandante y demandado en un plano de igualdad, no adoptando respecto del demandado ninguna decisión que comprometa su patrimonio sin escucharlo u oírlo previamente, lo cual explica la fórmula “traslado” que recae en la demanda en juicio final. En cambio tratándose del juicio ejecutivo, y atendida la potencia que confiere la exhibición del título (art 434 CPC) el legislador no coloca en un mismo plano al actor ejecutante respecto del demandado, a consecuencia de lo cual después de examinado el título por el juez y comprobando que está frente a un título que confiere mérito

ejecutivo y que contiene una obligación líquida, actualmente exigible y no prescrita, proveerá el escrito de demanda con una orden que consiste en despachar un mandamiento de ejecución y embargo, SIN OÍR AL EJECUTADO, aún cuando comparezca para oponerse al despacho del mandamiento (art 441 CPC), habilitando al ejecutante para trabar embargo sobre los bienes del deudor en el evento que no pague la deuda. De este modo la providencia que recaerá en la demanda ejecutiva será de esta índole: "despáchese mandamiento de ejecución y embargo". Nótese la enorme diferencia entre oír para después resolver (juicio ordinario) que resolver para después oír (juicio ejecutivo).

En otro plano, y ahora haciendo la comparación entre el juicio ordinario y el juicio sumario, de los que antes dijimos comparten una misma naturaleza declarativa, resulta obvio que el tribunal dará al demandado la legítima posibilidad de ser oído antes de resolver en su contra. Sin embargo atendida la necesidad de tramitación más rápida y expedita de este procedimiento sumarial, de allí su nombre "sumario", el juez llamará a las partes aun comparendo en que tendrán lugar, de manera concentrada las actividades consistentes en la contestación de la demanda y la conciliación (art 683 CPC).

Por lo tanto, merced a su carácter sumarial, la providencia que recaerá en la demanda presentada en juicio sumario será la siguiente: "vengan las partes a comparendo dentro de quinto día hábil" (art 683 CPC).

4.2.g. Alteraciones o modificaciones a la demanda: La demanda puede sufrir modificaciones después de su presentación lo que da lugar a distintas situaciones, que seguidamente comentamos:

1. Antes de la notificación de la demanda: Se pueden practicar modificaciones sin límites. Mientras no esté notificada la demanda no hay juicio pendiente y por lo tanto el actor puede retirarla del tribunal, "sin más trámite" (art 148 CPC), y puede hacer algo menos que retirarla, a saber, hacer las modificaciones que le plazca. A fin de cuentas, de la demanda y de sus modificaciones, terminará enterándose el demandado después de la notificación, de allí que no haya límite para ellas.

2. Después de notificada la demanda y antes de la contestación: El demandante, nuevamente, puede practicar todas las modificaciones que crea necesarias, y en esto último se asemeja a las atribuciones que tiene en el primer momento. Sin embargo, la diferencia se encuentra en el plazo para efectuar las enmiendas, a saber, antes de la contestación de la demanda, límite que no se encuentra en el primer momento (art 261 CPC).

Estas modificaciones se considerarán como una nueva demanda para los efectos de su notificación, y solo desde la fecha en que esta diligencia se practique, nos referimos a la notificación de las modificaciones a la demanda, correrá el término para contestar el primitivo libelo y sus enmiendas.

Nótese que con esta figura hay una postergación en el cómputo del término de emplazamiento.

3. Después de contestada la demanda: Tiene el demandante la posibilidad de practicar las ampliaciones, adiciones o modificaciones al escrito de demanda, pero sin que pueda alterar las acciones que constituyen el objeto principal del pleito. Esta posibilidad de modificar la demanda después de su contestación se ejerce mediante el escrito de REPLICA, en la forma establecida por el art 312 CPC.

4. Después del escrito de replica: Después del escrito de replica la única manera de modificar el texto de la demanda es mediante un desistimiento, que entendemos debe ser parcial para que consista genuinamente en una modificación y no en el completo decaimiento de la acción deducida. El desistimiento, según sabemos, es un incidente especial que puede formularse en cualquier etapa del juicio.

Terminemos indicando que mientras el desistimiento es un incidente, el retiro de la demanda, de que trata el art 148 CPC, es un acto simplemente material, que opera cuando no hay juicio ni contraparte.

5.- Emplazamiento:

5.1. Concepto: Es un acto procesal complejo por medio del cual se comunica al demandado la resolución que ha recaído en la demanda, y al mismo tiempo se lo intima, para que, dentro del término legal, conteste la demanda.

5.2. Naturaleza Jurídica: El emplazamiento es un acto de intimación. Aquí recordamos lo que dijimos a propósito de la clasificación de los actos de comunicación procesal, entre los cuales incluimos a los actos de intimación, que se caracterizan porque constituyen un binomio entre un acto de comunicación y un acto de intimación, consistente este último en una conminación hecha a una parte para que haga o ejecute un acto procesal en concreto. Tratándose del emplazamiento la conminación se traduce en el llamado a contestar la demanda, dentro del término legal.

Si trasladamos esta reflexión al juicio ejecutivo comprobaremos que en ése procedimiento hay tanto un acto de comunicación como un acto de intimación. El acto de comunicación se traduce en la notificación legal de la demanda y de su proveído, y el acto de intimación consiste en el requerimiento de pago hecho al deudor por el ministro de fe, el cual, en caso de no efectuarse al momento de intimársele por el receptor el pago al deudor, habilita para que se trabe embargo sobre sus bienes.

Recordamos también, en vista de lo que dispone el art 41 inc 1º CPC que el acto de comunicación y el acto de intimación pueden quedar disociados al punto que solo pueda practicarse el primero y no el segundo, como ocurre con la prohibición para hacer

requerimiento de pago "en público", caso en el cual se estará a lo previsto en el art 443 nº 1 CPC.

Un acto de intimación supone uno de comunicación, pero no por ello puede confundírselos, por las razones antes indicadas.

5.3. Elementos: El emplazamiento se compone de 2 elementos:

5.3.1. Notificación legal de la demanda.
5.3.2. Transcurso del término que la ley contempla para que el demandado comparezca al tribunal ejerciendo su derecho a defensa.

De llegar a infringirse, esto es, de no practicarse legalmente la demanda o no respetarse el término de emplazamiento se suscita un vicio procesal, que la ley sanciona con severidad ya que erige al emplazamiento como trámite o diligencia "esencial" en los art 795 y 800 CPC, lo que constituye causal del recurso de casación en la forma, por así disponerlo el art 768 nº 9.

5.4. Características del término de emplazamiento:

5.4.1. Es un término legal: Por ende es fatal y no es prorrogable.

5.4.2. Es un plazo de días: Esto significa que se van a descontar los días feriados, llamados también inútiles. Recuérdese que la regla general es que los plazos sean continuos, y que la excepción es que sean discontinuos, en los plazos que la ley señale. Por lo tanto, habrán tantos plazos discontinuos como la ley señale. El CPC contempla plazos discontinuos, pero solo referidos al plazo de días, no de meses ni de años.

5.4.3. Es un plazo común: Esto significa que el término de emplazamiento se cuenta, supuesto que exista más de un demandado, a partir de la notificación del último de ellos. Así lo establece el art 260 inc 1º CPC.

5.4.4. Es un plazo variable: Esto significa que no comprende una misma unidad de tiempo en todos los casos. En efecto, el término de emplazamiento puede ser:

5.4.4.a. De 15 días: Art 258 inc 1º CPC. Este plazo opera cuando el demandado es notificado en la misma comuna donde funciona el tribunal. Ej: Si se trata del juzgado de letras de Valparaíso el plazo será de 15 días si la notificación se practica al demandado en Valparaíso.

5.4.4.b. De 15 días más 3 días (18): Art 258 inc 2º CPC. Este plazo es de 18 días cuando la notificación se práctica dentro del territorio jurisdiccional del tribunal, pero fuera de los límites de la comuna que le sirva de asiento. Ej: Si el juicio está radicado en el 2do juzgado

de letras de Valparaíso y la notificación se practica en Viña del Mar. Repárese aquí en la importancia de las menciones del estampe del receptor en lo que al lugar se refiere, exigencia prevista en el art 43 inc 2º CPC. Recuérdese, también, que hay tribunales que tienen competencia sobre comunas o agrupaciones de comunas, caso en que recibirá aplicación esta norma.

5.4.4.c. De 15 días más 3 días más la tabla de emplazamiento: Este plazo de 18 días más la tabla está contemplado en el art 259 y opera cuando la notificación se practica en un territorio jurisdiccional diverso del tribunal que conoce de la causa o fuera del territorio de la República.

5.4.4.d. De 15 días más 3 días más la tabla de emplazamiento más aumento por litisconsorcio.

5.4.4.e. De 10 días: Este término que es inferior al general opera, conforme al art 308, cuando se acoge una excepción dilatoria de aquellas que son susceptibles de subsanarse en el mismo proceso, evento en el cual, subsanado por el demandante el defecto, el término será de 10 días.

***NOTA IMPORTANTE:** Repárese en que los términos van cambiando según sea el "**lugar**" en que se practica la notificación. No se atiende en esto al lugar del domicilio del demandado o donde tiene su asiento el tribunal sino que, insistimos, al lugar donde se practica la notificación.

5.5. Aumento del término de emplazamiento por litisconsorcio activo: Establece el art 260 inc 2º que en los casos en que proceda la pluralidad de demandantes de acuerdo al art 18, el plazo para contestar la demanda se aumentará en un día por cada 3 demandantes sobre 10 que existan en el proceso. Con todo, este plazo adicional no podrá exceder de 30 días.

En otras palabras, cuando hay 14 demandantes, el plazo será de 16, 19, de 19 más la tabla, y así sucesivamente.

5.6. Emplazamiento defectuoso: Hay emplazamiento defectuoso en alguno de estos 2 casos:

5.6.a. Cuando no se practica notificación, o se hace en otra forma que la legal.
5.6.b. Cuando no se respeta el término de emplazamiento.

Las consecuencias del emplazamiento defectuoso ya las conocemos: Se habrá engendrado un **acto anulable** (vicio + perjuicio = nulidad).

Veamos ahora como puede corregirse o reclamarse un emplazamiento defectuoso. En este caso el demandado podrá acudir a alguno de estos mecanismos:
- El incidente de nulidad general.
- El incidente de nulidad de “TODO LO OBRADO” de que trata el art 80 CPC.
- El recurso de casación (art 768 nº 9 en relación con el 795/800).

5.7. Importancia del emplazamiento:

5.7.1. Permite trabar la relación procesal.
5.7.2. El emplazamiento se encuentra elevado a la categoría de trámite esencial (art 795/800 CPC).
5.7.3. Interrumpe la prescripción (2503 y 2518 CC)[11].
5.7.4. Constituye en mora al deudor (art 1551 nº 3 CC): Lo cual opera en las obligaciones que no están sujetas a plazo, porque en las que se someten a ésa modalidad los días interpelan por el hombre.
5.7.5. Para los efectos de la cesión de los derechos litigiosos, el art 1911 CC señala que un derecho se entiende litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda. En las prescripciones de corto tiempo el requerimiento transforma la prescripción de corto tiempo en prescripción de largo tiempo, institución denominada intervención de la prescripción.

5.8. Cómputo del término de emplazamiento: Una cosa es la unidad de tiempo de que se componga el término de emplazamiento, y otra distinta es desde cuándo se cuenta el término. De las disposiciones legales podemos concluir que el cómputo es variable y así tenemos que:

1. El término se computa desde la notificación de la demanda.
2. Si hay modificación a la demanda, en los términos del art 261 CPC, el término se cuenta desde la notificación.
3. Si hay litisconsorcio pasiva, el término se cuenta desde la notificación del último de los demandados (art 260 CPC).
4. Si hay acogimiento de una excepción dilatoria el término se cuenta desde que se subsana los defectos por el demandado.

5.9. El emplazamiento en el juicio Ejecutivo:

1. Fuente Legal: Art 459, 460, 461 CPC.

2. Cómputo del término de emplazamiento: El término de emplazamiento se computa desde “EL REQUERIMIENTO DE PAGO” (art 462 CPC). Nótese que existe en esto una diferencia con el juicio ordinario en que el computo se hace desde la notificación legal de la demanda, trámite que no es desconocido en el juicio ejecutivo, pero en lugar de correr

[11] Muy importante.

desde la notificación de la demanda el término legal, se le computa desde el requerimiento de pago, que es un acto de intimación distinto de la notificación de la demanda; tan distinto como que pueden operar en momentos diversos, prueba de lo cual es el art 41 CPC.

3. Duración del término de emplazamiento: El término de emplazamiento en el juicio ejecutivo es de:
a) 4 días: Supuesto que el ejecutado sea REQUERIDO DE PAGO en el mismo lugar de asiento del tribunal. Art 459.

b) 8 días: Supuesto que el requerimiento se haga dentro del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce del asunto, pero fuera de la comuna que le sirve de asiento.

c) Requerimiento vía exhorto: Cuando el requerimiento se practica en un territorio jurisdiccional diverso del tribunal que conoce del asunto habrá que subdistinguir:
- Si la oposición se formula ante el tribunal exhortante: En este caso el plazo será de 8 días más la tabla de emplazamiento art 460 CPC.
- Si la oposición se deduce ante el tribunal exhortado: En este caso volvemos a subdistinguir aplicando la regla del art 459 recién indicada, o sea:
- Si el requerimiento se hace en el mismo lugar que sirve de asiento al tribunal exhortado: El plazo es de 4 días.
- Si el requerimiento se hace dentro del territorio jurisdiccional del tribunal exhortado, pero fuera de la comuna donde tiene su asiento: El plazo será de 8 días.

d) 8 días más la tabla de emplazamiento: este término se aplica cuando el requerimiento opera fuera del territorio de la república. Art 461

6.- Actitudes del demandado luego del emplazamiento legal: Estas son las actitudes que puede adoptar el demandado luego del emplazamiento legal:

6.1. Actitudes:

a) Aceptar lisa y llanamente la demanda: O sea allanarse en términos expresos.

b) Guardar silencio: Es decir, no formular defensa alguna. En esto consiste la rebeldía voluntaria del demandado.

c) Admisión tácita de los hechos: Esta actitud es distinta de la anterior en el sentido que el demandado formula oposición, pero deja sin controvertir, es decir, admite tácticamente los hechos expuestos en la demanda. Por lo tanto podríamos hablar de una combinación entre una actitud defensiva expresa acompañada de una admisión tácita de los hechos. Para evitar la admisión tácita de los hechos es aconsejable que el demandado niegue, a todo evento, y de manera inicial, los hechos expuestos en la demanda, de modo de no quedar sujeto a los efectos de la admisión tácita.

6.2 Desarrollo:

6.2.1. Aceptar lisa y llanamente la demanda: El allanamiento es un acto de disposición, implica aceptar de modo explícito, expreso o inequívoco los términos de la demanda. Son tan graves sus consecuencias que se requiere poder especial del mandatario para poder allanarse. Así lo dispone el art 7 inc 2° CPC.

En materia probatoria el allanamiento genera esta consecuencia de enorme trascendencia: El art 313 ordena que NO se reciba la causa a prueba debiendo el juez citar a las partes a oír sentencia, una vez evacuado el traslado de la réplica.

Esta actitud del demandado es una demostración que la prueba no consiste en demostrar la “verdad” de los hechos materia del juicio, ya que si aquél fuera el propósito de la prueba el tribunal no podría conformarse con la admisión o allanamiento explícito de los hechos por parte del demandado, que bien pudieran ser no corresponderse con la realidad o la verdad de los hechos. El allanamiento, entonces, demuestra que la prueba no está concebida para demostrar la verdad de los hechos sino que está construida o contemplada para comprobar o verificar la efectividad de las afirmaciones que acerca de los hechos formulan las partes. Los hechos no son verdaderos o falsos; los hechos simplemente ocurren o no. Sin embargo, los hechos no existen en el proceso sino como consecuencia de la afirmación que de ello se hace por uno de los litigantes. Por lo tanto, no se prueba la verdad de un hecho sino que la efectividad de la afirmación o negación que de un hecho hacen las partes en el proceso.

6.2.2. Guardar silencio: El completo mutismo del demandado es una de las opciones que la ley reconoce al sujeto de la acción. Adoptando una actitud silente, toda la carga de la prueba para demostrar la verdad de las afirmaciones hechas en la demanda recae sobre el actor, y por lo tanto, a diferencia del caso anterior, la causa debe recibirse a prueba, teniendo como controvertidos todos los hechos afirmados en la demanda.

Es a consecuencia de lo anterior que se diga que en derecho procesal: “el que calla, niega”. En otras palabras, el que guarda silencio coloca toda la carga de la prueba en manos del actor de suerte tal que si no prueba las afirmaciones de su demanda, esta será rechazada.

6.2.3. Admisión tácita de los hechos: La admisión tácita de los hechos es una posibilidad de entre aquellas que puede adoptar el demandado al enfrentar la demanda. Para que opere esta figura es necesario que, a diferencia del caso anterior, en que el demandado guarda completo silencio, aquí debe haber adoptado una actitud defensiva explícita, es decir, debe haber contestado la demanda; sin embargo, no hace expresa negación de alguno o algunos de los hechos sustentados en la demanda de lo que entonces cabe inferir su: “aceptación tácita”.

Esta posibilidad aparece contemplada, a nuestro entender, en el art 313 CPC en la parte que dice: "o si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio".

En todo caso, la figura de la "aceptación tácita" es un instituto reconocido por la doctrina, habiendo algunos que la diferencian nítidamente de la confesión. Así, por ejemplo, puede indicarse el planteamiento de Montero Aroca Juan[12] quien sobre el particular apunta:

1. La confesión se realiza siempre con juramento; no así la admisión de hechos.
2. La confesión versa sobre hechos personales del que confiesa; la admisión puede referirse a cualquier hecho afirmado por la otra parte.
3. La confesión, agregamos nosotros, supone poder especial (art 7 inc 2º CPC); la admisión no requiere de ese mandato o expresa constitución de facultad.
4. La confesión es medio de prueba; la admisión no lo es.

6.2.4. Contestar la demanda: Incluimos, como es obvio, esta cuarta y última actitud del demandado frente a la interposición de la demanda. Se trata del ejercicio del derecho a defensa hecho valer por el demandado, sea alegando la defectuosa constitución de la relación procesal (excepciones dilatorias), o reclamando de la ocurrencia de vicios que afecten el procedimiento (incidentes de nulidad) o bien ; por último, oponiendo excepciones perentorias a la demanda interpuesta.

Hay una cuestión terminológica que debe zanjarse tempranamente en este punto. Arriba indicamos distintas actitudes que implican, en términos generales, el ejercicio del derecho a defensa; consistiendo en algunos casos en la alegación de vicios formales, sea bajo la fórmula de las excepciones dilatorias, o bien en incidentes de nulidad, y también mencionamos la actitud de oponer excepciones perentorias. Ahora bien, aplicado en términos rigurosos el concepto de "contestar la demanda" debe éste reservarse exclusivamente a la actitud que consiste en **oponer excepciones perentorias a la demanda**, es decir, medios destinados a enervar la acción deducida. De lo anterior se sigue que quien opone excepciones dilatorias o formula incidentes reclamando vicios formales ejerce en "general" su derecho a defensa pero no contesta la demanda. La contestación se hace por conducto de excepciones perentorias.

No olvidemos, por último, que cuando el demandado intenta enervar la acción deducida no solo puede echar mano a las excepciones que, bien sabemos, presuponen la existencia del hecho constitutivo de la acción, si no que también a las denominadas "alegaciones o defensas" que, al contrario de las primeras, lo niegan por completo.

Las proyecciones que en materia probatoria tiene esta cuarta y última actitud del demandado son el que deba recibirse la causa a prueba pero, únicamente, respecto de aquellos hechos que hayan sido expresamente controvertidos en relación a los expuestos

[12] Cfr, MONTERO AROCA, Juan , "*La prueba en el proceso civil*" , Madrid, civitas, 1996, página 45

por el demandante. No se olvide que, el que admite tácitamente hace que el hecho se tenga como existente.

Las Excepciones

1.- Generalidades: La excepción es el medio que franquea la ley al demandado para ejercer su derecho a defensa.

Hay 2 tipos de excepciones. Están las **dilatorias**, llamadas también excepciones formales, caracterizadas por tener como finalidad corregir vicios del procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida. En nuestro medio a estas excepciones les denominamos dilatorias.

Hay también excepciones, llamadas **perentorias**, caracterizadas por enervar la acción deducida por el demandante, siendo de recordar que este medio de repeler la demanda entablada se diferencia de las simples alegaciones o defensas en que admiten o presuponen el hecho constitutivo en que se funda la demanda mientras que las alegaciones o defensas lo niegan por completo.

En el terreno de la identificación de las excepciones dilatorias y perentorias se impone señalar que, en nuestro medio, el art 303 CPC señala explícitamente, o mejor, taxativamente, 5 excepciones que más adelante estudiamos; sin embargo no se crea que por ello las excepciones dilatorias son de *numerus clausus* ya que el art 303 nº 6 CPC se comporta como un dispositivo amplificador de las excepciones formales ya que permite deducir también todas aquellas que por: “tiendan a corregir los vicios del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida”.

En el caso, ahora bien, de las excepciones perentorias no existe un listado ni es posible pretender configurar uno que describa todas las excepciones perentorias susceptibles de oponer a la demanda. Las excepciones perentorias son todas aquellas aptas par enervar la acción deducida. Estas excepciones, en este sentido, son definitivamente, de *numerus apertus*.

Dígase, además, que si bien es cierto existen algunas excepciones perentorias nominadas, esto es, que han ganado ya por el paso del tiempo y la tradición jurídica un “*nomen iuris”*, como ocurre con el pago, la prescripción, la remisión, etc, no es menos verdad que tienen carácter de excepción perentoria toda aquella alegación, fundada en hechos susceptible de socavar, enervar, destruir la acción deducida. Esto, a fin de cuentas, no es más que una correlación con el derecho que tiene el demandante para pedir aunque su acción no sea una de aquellas que tenga explícito reconocimiento o *nomen iuris* dado por el derecho.

Hemos dicho que hay 2 tipos de excepciones en nuestro ordenamiento, a saber, las excepciones dilatorias y las perentorias. Sin embargo, puede afirmarse que en nuestro medio hay además algunas modalidades de las excepciones antes indicadas que no constituyen, en rigor, un tercer género, si no que apenas un distinto tratamiento procesal de las excepciones permanentes que ya mencionamos: dilatorias y perentorias. Así pasa con las excepciones llamadas **mixtas** del art 304 CPC que siendo perentorias por naturaleza pueden oponerse en el plazo conferido para las dilatorias. Así ocurre, además, con las excepciones del art 310 CPC, llamadas **extraordinarias**, que siendo perentorias por naturaleza pueden alegarse en cualquier estado del procedimiento hasta la citación a oír sentencia, en primera instancia, y hasta la vista de la causa, en segunda instancia. No se vea entonces en estas excepciones un género distinto del matriz si no una ritualidad diversa apoyada en fundamentos que más adelante indicamos.

Ahora bien, en materia de juicio ejecutivo debe advertirse que las excepciones susceptibles de oponer a la demanda son de número cerrado. En efecto, el art 464 CPC enumera un total de 18 excepciones que pueden oponerse a la ejecución, diferenciándose en esto de las excepciones del juicio ordinario que antes dijimos eran de número abierto. Sin embargo, dentro del listado de las 18 excepciones hay una de ellas, a saber la del número 7, que reabre el listado inicial transformándola, finalmente en una excepción que tiene efecto amplificador.

2.- Las excepciones dilatorias:

2.1. Concepto: Son aquellas que tienen por objeto corregir o subsanar los vicios del procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida.

2.2. Clasificación: Las excepciones dilatorias son de 2 tipos:

- Específicas: Son aquellas que mencionan los números 1, 2, 3, 4 y 5 del art 303 CPC.
- Genéricas: Es aquella que contempla el número 6 del art 303 CPC. Precisamente es en virtud de esta excepción que se dice que las excepciones dilatorias son de *numerus apertus*.

2.3. Estudio particular:

2.3.a. Incompetencia del tribunal. Comentarios:

1. La ley no distingue el tipo de incompetencia, por lo tanto podrá tratarse de la absoluta y de la relativa. Sin embargo debe advertirse que si se trata de la excepción de incompetencia relativa solo el demandado se encuentra autorizado para reclamarla no pudiendo el tribunal declararla oficiosamente. Recuérdese que el demandado podría no oponer la excepción de incompetencia relativa generando con ello la figura de la “prórroga de competencia”, y más rigurosamente “prorroga tácita de competencia”. Por el contrario, si se trata de la incompetencia absoluta el tribunal tiene facultades oficiosas para declararla prueba de lo

cual es la atribución que tiene el tribunal para corregir los vicios del procedimiento contemplada en el art 84 inc 4º CPC que podrá ejercerse, oficiosamente, incluso estando citadas las partes para oír sentencia (art 433 CPC). Además, tratándose de la incompetencia absoluta, no es posible que opere prórroga de competencia y, en consecuencia, nada impide que el demandado pueda, incluso fuera del plazo para oponer excepciones dilatorias, alegar la incompetencia absoluta del tribunal, sea por vía incidental, conforme lo establece el art 83 inc 2º CPC, sea por vía de alegación o defensa, estándose a lo dispuesto en los art 85 y 86 CPC (art 305 inc 2º CPC "súper-incidente"), contemplándose además la posibilidad de oponer la excepción de incompetencia, en cuanto tal, en segunda instancia, de conformidad al art 305 inc 3º CPC.

Por otro lado, debe aquí advertirse que no puede confundirse la excepción de incompetencia absoluta con la excepción de "falta de jurisdicción". En efecto, se ha entendido que esta última (la falta de jurisdicción) es una excepción perentoria ya que ataca a la facultad misma del tribunal para conocer del asunto, no por una cuestión de fuero materia o cuantía si no por una completa carencia de facultades para decidir el asunto. Se ha estimado que en este caso la falta de jurisdicción enerva además la acción deducida ya que socava el derecho mismo de pedir.

2.3.b. La falta de capacidad del demandante o de personería o de representación legal. Comentarios:

1. Falta de capacidad del demandante: Mediante esta excepción se reprocha en el actor la facultad para comparecer por si mismo, si es absolutamente incapaz, o en representación de otro, si lo hace por un relativamente incapaz para comparecer en juicio. Bien sabemos que la capacidad es un presupuesto procesal y para resguardar la válida constitución de la relación procesal se requiere que el que litiga como demandante sea plenamente capaz o, en caso de no serlo, que actúe legalmente representado.

Nótese que la ley habla de "falta de capacidad del demandante", no diciendo nada respecto de la eventual falta de capacidad del "demandado". Esta situación, muy frecuente en la práctica, no queda cubierta por la excepción en estudio lo que, en pero, no implica un vacío ya que si el incapaz fuere el demandado la manera de hacer valer esta incapacidad es por conducto de la excepción del art 303 nº 6 CPC.

2. Falta de personería: La representación es de 3 tipos: legal, convencional y judicial. Cuando de lo que se carece es de falta de representación legal la ley permite reclamar de esta ausencia de representación por conducto de esta excepción. Cuando de lo que se carece es de la representación convencional, es decir, cuando una persona obra a nombre de otra invocando un mandato que no se tiene nos encontramos frente a la excepción que estamos estudiando, es decir, a la falta de personería. Falta de personería, entonces, es carencia de representación convencional. No es lo mismo que falta de capacidad ni tampoco debe confundírsela con falta de representación legal que corresponde a la tercera hipótesis que más adelante explicamos.

3. Falta de representación legal: La falta de representación legal se predica de todos aquellos que comparecen por los absolutamente o relativamente incapaces. A diferencia de las anteriores hipótesis el origen de la representación no es de orden convencional sino que de tipo legal.

Un ejemplo aclarará los casos arriba propuestos:

a) Comparece Pedro, de actuales 17 años de edad, demandando a Juan: En este caso hay falta de capacidad.

b) Comparece Pedro en representación de Sergio invocando un mandato inexistente o no invocando ninguno: En este caso hay falta de personería.

c) Comparece Pedro, de 40 años de edad, padre de Sergio de 18 años de edad, demandando a Juan: En este caso hay falta de representación legal ya que el demandante es plenamente capaz. También podría ocurrir que Pedro, que es amigo de Sergio, demandara a Juan. En este caso también habrá falta de representación ya que la amistad no es fuente de representación legal.

Recordemos, por último, que es posible que concurran en un determinado supuesto más de un tipo de representación. Así ocurriría si un banco, que es una persona jurídica, comparece mediante su representante legal demandando en juicio, para lo cual el representante legal podrá conferir un mandato civil para que un tercero obre como representante convencional del representante legal, como ocurre con los sub-gerentes o agentes de las distintas sucursales de un banco que suelen ser mandatarios civiles del representante legal. A todo lo dicho, y en cualquier caso habrá que sumar un último tipo de mandato, por todos conocido, a saber, el judicial.

La figura sería de esta naturaleza:

Representante legal del banco→ Representante convencional o mandatario del representante legal→ Representante o mandatario judicial.

Recordamos que la ley solo habla de falta de capacidad-personería-representación legal del "demandante". Si quien careciere de estos atributos, es decir, capacidad, personería o representación fuera el demandado la manera de reclamar esto último sería a través de la excepción del art 303 nº 6 CPC.

2.3.c. Litispendencia: Se entiende que hay litispendencia cuando entre las mismas partes se ventila un litigio que tiene la misma causa de pedir y cosa pedida que son materia del juicio en que la excepción de litispendencia se opone.

Lo que diferencia a la cosa juzgada de la litispendencia es únicamente la sentencia firme, en todo lo demás son idénticas, o sea, hay 2 juicios entre las mismas partes con la misma cosa pedida y la misma causa de pedir, solo que en uno de ellos hay sentencia firme, evento en el cual se opondrá la excepción de cosa juzgada, mientras que en el otro no se ha dictado tal sentencia, evento en el cual habrá que acudir a esta excepción de litispendencia.

Para que opere la litispendencia, además de la identidad legal de persona, cosa pedida y causa de pedir, es necesario que el juicio o causa con la que se hace la comparación se encuentre, al menos, con la demanda legalmente notificada, ya que sin haber demanda notificada no hay relación jurídica establecida. Una demanda que no está notificada no surte efecto alguno.

2.3.d. Ineptitud del libelo: Libelo es una denominación foral dada al **escrito de demanda**. El libelo es inepto cuando impide al demandado que toma conocimiento de él ejercer su derecho a defensa. Por lo tanto, debe tratarse de una demanda confusa, ambigua, incierta en sus peticiones o que formule peticiones incompatibles entre si de modo conjunto, o que, en general, impida al demandado defenderse por no comprender o ser inteligible el texto de la demanda.

De este modo, entonces, si falta indicación del domicilio o del nombre completo de el demandado, pero no hay duda sobre su identidad, esta excepción no debe prosperar ya que esta concebida como un resguardo del derecho a defensa y no puede prestarse a manipulación.

2.3.e. Beneficio de exclusión: La fianza es una garantía personal y consiste en la obligación que contrae un deudor subsidiario, llamado fiador, de responder al pago de una obligación contraída por otro, en el evento que el deudor principal no la pague. El fiador goza de un beneficio llamado “beneficio de exclusión” conforme al cual el fiador puede exigir que antes de que se dirijan las acciones del acreedor en contra suya se entablen y agoten las que corresponden contra el deudor principal.

Esta excepción es la que permite al fiador exigir que el demandante, antes de dirigirse en su contra, lo haga contra el deudor principal.

2.3.f. En general las que se refieran a la corrección del procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida: Este numeral cubre todos los defectos que digan relación con el procedimiento, la relación procesal, que no estén expresamente señalados en los numerales anteriores. Se comporta como un dispositivo amplificador y le quita el carácter taxativo a la enumeración del art 303.

2.4. Manera y oportunidad de oponer las excepciones dilatorias:

2.4.a. Manera: El art 305 CPC manda que estas excepciones se opongan todas en un mismo escrito.

2.4.b. Oportunidad: La regla general es que las excepciones dilatorias se opongan dentro del término de emplazamiento, o sea, 15 días; 15 más 3 días; o 18 días más la tabla.

Por excepción, es posible que las excepciones que examinamos se opongan en un momento posterior, así ocurre con las excepciones del número 1 y 3 del art 303 que pueden oponerse en segunda instancia en forma de incidente (art 305 inc 3º CPC).

Sin perjuicio de lo anterior, y en vista de lo prescrito en el art 305 inc 2º CPC todavía cabe oponer excepciones dilatorias fuera del término de emplazamiento, por vía de alegación o defensa, estándose a lo previsto en los art 85 y 86 CPC (art 305 inc 2º CPC).

2.5. Tramitación de las excepciones dilatorias: Las excepciones dilatorias se tramitarán como incidentes. Así lo manda el art 307 CPC.

2.6. Fallo de las excepciones dilatorias: Todas las excepciones dilatorias opuestas por el demandado deben fallarse de una sola vez (artículo 306 CPC). Sin embargo, si entre las excepciones opuestas figura la de incompetencia del tribunal, y esta resulta acogida, el juez se abstendrá de emitir pronunciamiento sobre las demás. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo previsto en el art 208 CPC.

Resulta muy lógico que, de resultar acogida la incompetencia del tribunal opuesta como excepción dilatoria, quede impedido el juez de fallar las restantes excepciones opuestas ya que de emitir fallo, pese al acogimiento de la incompetencia del tribunal incurriría el juzgador en el vicio de adoptar decisiones contradictorias, susceptible de ser recurrido de casación conforme a la causal 7º del art 768 CPC.

Ahora bien, de llegar a interponerse recurso de apelación contra la sentencia que acoge una excepción de incompetencia del tribunal, lo que habrá determinado que el tribunal de primera instancia se abstenga de fallar las restantes excepciones opuestas, la ley permite al tribunal superior que conoce del recurso de apelación fallar aquellas excepciones que no recibieron fallo, supuesto que deseche, en vía de apelación, la incompetencia acogida en primera instancia. Este es uno de los casos en que se puede fallar más lícitamente.

2.7. Naturaleza de la resolución que falla las dilatorias: Las excepciones dilatorias no atacan el fondo de la acción deducida; por ende puede decirse que son cuestiones accesorias, de allí que el legislador les de tramitación incidental (art 307 CPC).

Ahora bien, si se trata de cuestiones accesorias, corresponde enseguida dilucidar si la resolución que la falla constituye una sentencia interlocutoria o un auto. Bien sabemos

que lo que separa a una interlocutoria de un auto es que las primeras establecen derechos permanentes a favor de las partes mientras que las segundas no confieren ese derecho al litigante que obtiene una resolución de este tipo. Recordemos, además, que las sentencias interlocutorias producen el desasimiento del tribunal, esto es, que el tribunal que las dictó no puede modificarlas después que la haya notificado a al menos una de las partes, salvo los casos excepcionales de las interlocutorias que son susceptibles del recurso de reposición (auto de prueba, resolución que declara desierto o prescrito un recurso de apelación), o bien, el evento en que resulte aplicable el denominado recurso de aclaración, agregación o rectificación. Por el contrario, los autos si son susceptibles de ser modificados por el mismo tribunal que los dictó, y ello a través del recurso de reposición. Esto explica, que las sentencias interlocutorias son idóneas para alcanzar la cosa juzgada, mientras que los autos nunca pueden generar ese efecto dado que son vulnerables a la reposición, especialmente a la que se deduce “con nuevos antecedentes”, remedio que no tiene plazo.

De lo anterior, entonces, podemos desprender algunos elementos que contribuyen a determinar el alcance de la expresión “derechos permanentes” que utiliza el art 158 inc 3º CPC pudiendo afirmar que un derecho permanente es aquel que se caracteriza por su inmutabilidad dentro del proceso en que se dictó o de cualquier otro posterior y que estará referido no a una cuestión de fondo si no que a un asunto que diga relación con el procedimiento o la relación procesal ya que es el producto de el pronunciamiento de una sentencia interlocutoria. Con esto se desprende además que una excepción dilatoria acogida tendrá el carácter de una sentencia interlocutoria cuando el vicio o defecto por ella reclamado no pueda ser subsanado o modificado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, ya que si fuera susceptible de subsanación el derecho no tendría el carácter de permanente, y estaría más cerca de un auto. De igual modo, y atendido que las sentencias interlocutorias producen cosa juzgada, tendremos que convenir que lo resuelto por conducto de ellas no solo no puede enmendarse o modificarse o volver a discutirse en el mismo proceso si no que, además en otro distinto.

Ahora bien, dando por sentado que lo resuelto por una sentencia interlocutoria no puede volver a discutirse en el mismo tribunal ni en otro distinto, nada impide que el asunto de fondo si vuelva a plantearse pero en otro tribunal ya que lo que ha quedado resuelto, y cubierto por la cosa juzgada no es el asunto de fondo, que por definición nunca puede venir resuelto por una sentencia interlocutoria, lo que obligará a que el vicio o defecto acogido solo impide que en el mismo juicio en que se produjo continúe la discusión de fondo; pero sin obstaculizar que se renueve la discusión de fondo ante otro tribunal en el que, es dable esperar no se repita el vicio o defecto suscitado en el primer juicio.

En suma, un derecho permanente es un elemento que identifica a las sentencias interlocutorias, en tal virtud lo resuelto por conducto de ellas no podrá ser modificado o subsanado por el mismo tribunal que la dicto en la causa en que el vicio se suscitó; y además, atendido que las interlocutorias producen cosa juzgada, no puede revivirse la discusión de lo resuelto por conducto de la interlocutoria tanto en el mismo juicio como en

otro distinto. Sin embargo el asunto de fondo, que conceptualmente nunca queda cubierto por la interlocutoria podrá plantearse ante otro tribunal donde es dable esperar que el vicio o defecto no se repita.

Aplicando las reflexiones anteriores a las excepciones dilatorias expresamente contempladas en el art 303 nos inclinamos por las siguientes conclusiones:

2.7.a. Incompetencia del tribunal: La incompetencia del tribunal, sea absoluta o relativa, es una sentencia interlocutoria. No puede tener el carácter de un auto ya que la incompetencia es un vicio insubsanable, y por ende, el litigante que demandó ante tribunal incompetente deberá acudir a otro que sea el verdaderamente competente. La incompetencia declarada por vía del acogimiento de la excepción dilatoria respectiva no podrá volver a discutirse en el mismo tribunal ni en otro distinto; sin embargo, el asunto de fondo ha quedado intacto, y a este último no le alcanza la cosa juzgada de lo resuelto por vía incidental.

2.7.b. Falta de capacidad, personería o representación legal del que comparece en su nombre: En esta materia hay opiniones divergentes. Hay algunos autores (Cassarino) que estiman que la resolución que recae en este tipo de excepción es una sentencia interlocutoria y por lo tanto deberá demandarse ante otro tribunal. Sin embargo, en opinión de la jurisprudencia un vicio o defecto de este tipo es susceptible de enmendarse o corregirse dentro del mismo proceso, reencausando la demanda en contra del representante legal o del representante convencional según sea el caso, si se tratare del demandado, o bien haciendo comparecer al mandatario o al representante legal de que se trate, si se tratare del demandante.

2.7.c. Litispendencia: Es a todas luces una sentencia interlocutoria la resolución que acoge la litispendencia. Esto es así porque el juicio paralelo preexistente no puede hacerse desaparecer, es una realidad que opera como un dato que tiene en cuenta el juez al momento de fallar. Por lo tanto, si hay litispendencia no queda otro camino como no sea continuar con la tramitación de la causa inicial y abandonar la sobreviniente que provocó la litispendencia.

2.7.d. Ineptitud del libelo: Esta excepción es una de aquellas más susceptible de ser calificada de un auto ya que las ambigüedades, omisiones, imprecisiones u oscuridades de la demanda las puede subsanar el actor mediante un escrito aclaratorio. No se olvide, después de todo, que la propia ley reconoce esta posibilidad en el art 261 inc 1º CPC.

2.7.e. Beneficio de exclusión: Somos de la idea que el acogimiento de esta excepción es consecuencia de una sentencia interlocutoria. Esto es así porque la demanda entablada contra el fiador rompe contra un orden de prelación en el ejercicio de las acciones, que resulta inamovible o insubsanable en el mismo proceso. Por lo tanto no queda más camino que demandar al deudor principal y agotadas las acciones en su contra dirigirlas

posteriormente en contra del fiador. El actor, en todo caso, quedará a salvo de la prescripción de las acciones contra el fiador notificando la demanda contra el deudor principal ya que, según sabemos interrumpiendo la prescripción de la obligación principal se interrumpe, por efecto reflejo, las de las obligaciones accesorias.

2.7.f. En general las que tiendan a corregir los vicios del procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida: Tratándose de una excepción abierta no es posible, en principio, tomar partido por la naturaleza jurídica de la resolución que falle esta excepción; por lo tanto, habrá que estarse al caso en concreto y responderemos inclinándonos por una sentencia interlocutoria cuando lo resuelto por el tribunal constituya un derecho permanente que, según nuestra interpretación, debe ser un derecho que participe de las características de las interlocutorias, es decir, que no pueda ser enmendado o modificado por el tribunal y que tenga efecto de cosa de cosa juzgada. En caso contrario, cuando el vicio o defecto sea susceptible de subsanación o corrección en el mismo proceso en que se produjo, estaremos frente a un auto.

2.8. Recursos contra la resolución que falla las excepciones dilatorias:

2.8.a. Recurso de reposición: Supuesto que la resolución que falla una excepción dilatoria tenga naturaleza de auto, estaremos en condiciones de deducir un recurso de reposición en contra de la resolución cuestionada. Descártese, sin embargo, que las excepciones dilatorias vengan resueltas por vía de un decreto ya que este último tipo de resoluciones suelen pronunciarse "*inaudita altera pars" lo* que no coincide con la tramitación incidental que para estas excepciones manda el art 307 inc 1º CPC. Si la resolución es susceptible de la reposición, también lo será de la apelación, supuesto que concurran además estos elementos:

- Que la apelación se deduzca de modo subsidiario de la reposición y para el evento que esta no sea acogida (art 188) so riesgo de ser declarada inadmisible la apelación.
- Además, para que sea apelable un auto es necesario, conforme establece el art 188 CPC: "que altere las sustanciación regular del juicio o recaigan sobre trámites que no estén expresamente ordenados por la ley".

2.8.b. Recurso de apelación: La procedencia del recurso de apelación está contemplada expresamente en el art 307 inc 2º CPC. Según esta norma: "La resolución que DESECHE las excepciones dilatorias será apelable en el solo efecto devolutivo". Esta norma armoniza con el art 194 CPC conforme al cual se conceden en el solo efecto devolutivo la apelación contra los autos, decreto y sentencias interlocutorias.

Una interpretación a contrario sensu del art 307 inc 2º nos hace concluir que la resolución que ACOJA las excepciones dilatorias sería apelable en ambos efectos. Cierto es que contra esta interpretación puede oponerse el art 194 nº 2 CPC que, cuando habla de interlocutorias, no distingue si acogen o rechazan las dilatorias. Sin embargo, nos

imaginamos el evento en que se acoja una excepción de incompetencia absoluta del tribunal, contra la cual se recurre de apelación que de concederse en el solo efecto devolutivo, habilitaría al tribunal a quo (de donde vienes) para seguir conociendo del asunto librando resoluciones expuestas a quedar sin efecto, por completo atendido el vicio o excepción acogida.

2.8.c. Recurso de casación en la forma: Este recurso puede interponerse contra las sentencias interlocutorias siempre que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución. Así lo dice el art 766 CPC.

En consecuencia, habrá que estarse a la naturaleza de la resolución (art 158 CPC) y luego a sus efectos sobre la marcha del juicio (que ponga término o haga imposible su prosecución) para luego estar en condiciones de definir la procedencia del recurso de casación en la forma.

2.9. Curso posterior del juicio, tras el acogimiento de una excepción dilatoria:

2.9.a. Si se desecha la excepción: El juicio sigue su curso o itinerario normal, debiendo el demandado contestar derechamente la demanda, esto es, oponer excepciones perentorias dentro del término de 10 días, contados desde la notificación de la resolución que desecha la excepción. Recuérdese que el plazo de 10 días, de que trata el art 308 CPC, es una hipótesis de reducción del término de emplazamiento.

2.9.b. Si se acoge una excepción dilatoria: En este evento surge la cuestión de si el vicio es o no subsanable, es decir, si puede reencausarse el procedimiento corrigiendo el vicio o defecto en el mismo proceso, en la misma causa. Si esto no fuera posible no queda otro camino como no sea demandar ante otro tribunal quedando a salvo, claro esta, la cuestión de fondo demandada, la que nunca será alcanzada por la cosa juzgada resuelta por la interlocutoria. Por el contrario, si el vicio o defecto fuera subsanable, recae sobre el demandante la carga de corregirlo, so riesgo que el abandono de procedimiento haga decaer los actos procesales. Hecha la subsanación el tribunal deberá hacer pronunciamiento explícito de tener por corregido el defecto en una resolución que luego de notificada por el estado diario hará correr el plazo de 10 días para contestar la demanda.

2.10. La contestación de la demanda:

2.10.a. Concepto: Contestar la demanda es oponer excepciones perentorias a la acción entablada, con el propósito de enervar o destruir la acción ejercida.

2.10.b. Escrito de contestación: Conforme al art 309 la contestación de la demanda debe contener:
- La designación del tribunal ante quién se presente (s.j.l.)

- El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado.
- Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.
- La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.

2.10.c. Oportunidad para contestar la demanda:

1. Si no se deducen excepciones dilatorias: El plazo para contestar la demanda es de: 15; 15 más 3; o 15 más 3 más la tabla de emplazamiento.

2. Si se deducen excepciones dilatorias: 10 días después de desechadas las excepciones o 10 días después de notificada por el estado diario la resolución que tiene por subsanado el defecto.

Comentario 1º: Una cosa es el término de emplazamiento que bien sabemos es de 15, 15 más 3, 15 más 3 más la tabla, 10 días o los aumentos derivados del 260 CPC (un día más por sobre 3 cuando hay más de 14 actores), otra cosa distinta es desde cuándo se computa ese término de emplazamiento, el cual podrá comenzar a correr desde: La notificación legal de la demanda, la notificación de las modificaciones a la demanda, la notificación al último de los demandados o la notificación de la resolución que tiene por subsanado el defecto, en el caso del art 308 CPC.

Comentario 2º: Oponiendo excepciones perentorias hay litigio, hay pleito, hay controversia. Las excepciones dilatorias no implican controversia de los hechos, porque no atacan el fondo de la acción deducida. De allí que se diga que las excepciones dilatorias se oponen "*in limine litis*", o sea, en el límite de la litis, vale decir, antes de que comience la litis, esto es, antes de oponerse las excepciones perentorias.

2.10.d. Las excepciones del artículo 310 CPC: A estas excepciones se les llama también extraordinarias, toman ese nombre porque siendo perentorias por naturaleza pueden oponerse en cualquier estado de la causa hasta la citación para oír sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda. Lo extraordinario de ellas no está en su naturaleza si no en la oportunidad para formularlas.

a) Enunciación: Son excepciones extraordinarias las siguientes: Prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda.

b) Oportunidad: En primera instancia, en cualquier estado de la causa hasta antes de la citación a oír sentencia. En segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa.

c) Tramitación: Si se promueven en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, reciben tramitación incidental. Si se deducen en segunda instancia reciben también tramitación incidental.

d) Naturaleza jurídica: Forzosamente debe concluirse que la resolución que falla estas excepciones es una sentencia definitiva. Decimos, forzosamente, porque la naturaleza de estas excepciones, ya se dijo, es de orden perentorio, vale decir, enervan la acción deducida. Ninguna trascendencia tiene que reciban tramitación incidental porque la ritualidad no determina la naturaleza del asunto, tan solo condiciona a la tramitación, no el fondo de lo resuelto. Cuando la ley le da a un asunto que debiera en principio recibir tramitación de "lato conocimiento", la ritualidad propia de los incidentes lo único que hace es imprimir a la cuestión una tramitación "extraordinaria", al mejor estilo del art 2 CPC, de lo cual no cabe extraer más conclusiones que el voluntarismo de la ley en darle tramitación breve o sumaria a un asunto principal. No se olvide que los incidentes son tales porque fallan cuestiones accesorias, condición que no reúne ninguna de las excepciones del art 310 CPC.

2.10.e. Las excepciones mixtas o anómalas:

1. Generalidades: Las excepciones mixtas están reglamentadas en el art 304 CPC. Son por naturaleza excepciones perentorias, pero la ley permite que se opongan en el plazo y en la forma previstas para las dilatorias. De allí su nombre de mixtas ya que tienen algo de las perentorias, a saber, su naturaleza; y algo de las dilatorias, que en este caso se traduce en la oportunidad y manera de oponerlas.

2. Enunciación: Son excepciones mixtas o anómalas las siguientes, la cosa juzgada y la transacción.

3. Oportunidad y tramitación: Las excepciones mixtas se tramitan como incidentes y se oponen dentro del plazo para oponer excepciones dilatorias.

4. Naturaleza jurídica de la resolución que falla las excepciones mixtas o anómalas: La naturaleza jurídica es de una sentencia definitiva por las razones que dimos en párrafos anteriores.

5. Implicancias y recusaciones: El código orgánico de tribunales contempla como causal de implicancia, y a la vez como causal de recusación, las siguientes: Haber el juez manifestado su opinión sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes para fallar en la causa (art 195 y 196 CPC). Hacemos referencia a esta causal de implicancia o de recusación porque puede advertirse que las excepciones de cosa juzgada y de transacción que pueden oponerse como mixtas o anómalas se repiten además en el art 310, para ser opuestas como extraordinarias, pudiendo darse el caso que el tribunal falle una excepción de cosa juzgada, opuesta como mixta, y luego deba emitir fallo de la misma

excepción opuesta como perentoria, o como extraordinaria, del art 310 CPC. En este caso el juez, habiendo emitido su opinión sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes queda expuesto a una causal de implicancia o recusación; por ende, queda inhibido de fallar este tipo de excepciones opuesta como perentoria ordinaria o extraordinaria del 310.

Por la razón antes indicada todo aconseja que si el tribunal advierte que las excepciones mixtas o anómalas son de “lato conocimiento” reserve su fallo para la sentencia definitiva, ya que así lo autoriza el propio art 304 CPC.

6.- Confluencia de excepciones dilatorias y perentorias en el juicio ejecutivo: Hemos dicho que en el juicio ordinario las excepciones perentorias son de *numerus apertus*, esto es, que no existe un listado taxativo que determine cuales pueden o no ser opuestas. Hemos visto, además, que en el juicio ordinario se aprecia, dentro de la fase de discusión, una etapa especialmente diseñada para la tramitación y fallo de las excepciones dilatorias, las que, en el evento de ser acogidas pueden determinar la iniciación de un nuevo juicio, o bien, pueden suscitar una subsanación del vicio o defecto dentro del mismo proceso. En suma, en el juicio ordinario hay una etapa concebida para sanear los vicios que aquejan o afectan al procedimiento. Todo ello consecuencia de existir una separación para oponer y tramitar “*in limine litis*” las excepciones dilatorias, tras cuya resolución se ventilarán las excepciones perentorias.

En el juicio ejecutivo, en cambio, nos encontramos con un listado taxativo de 18 excepciones (salvo la del nº 7, que opera como dispositivo amplificador) en el que confluyen excepciones dilatorias y perentorias; del primer tipo son las 5 primeras, y del segundo tipo son las 13 restantes.

Las que deben ser opuestas todas en un mismo escrito y en una misma oportunidad para ser resueltas en la sentencia que ponga fin al juicio ejecutivo que, en la terminología del profesor Tavolari, puede ser estimatoria, o desestimatoria. Será **estimatoria** cuando rechace las excepciones y ordene seguir adelante con la ejecución, y será **desestimatoria**, en cambio, cuando acoja cualquiera una de las excepciones opuestas, sea de orden dilatorio o perentorio.

Con lo que llevamos de nuestros estudios podemos decir que la **SENTENCIA DESESTIMATORIA** que acoja una de las 5 primeras excepciones del art 468 CPC no será una sentencia definitiva sino que una **sentencia interlocutoria**, mientras que si acogen algunas de las excepciones restantes diremos que, en principio será una **sentencia definitiva**.

Se comprende, ahora bien, que si no existe una fase que permita sanear los vicios del procedimiento, como ocurre en el juicio ordinario, tales defectos de procedimiento serán resueltos muy entrado el avance del juicio, ya que son fallados en la sentencia que hemos

llamado **DESESTIMATORIA**. Para compensar la etapa de saneamiento ausente en el juicio ejecutivo, la ley establece la figura de la "**renovación de la acción ejecutiva**" que se comporta como un sucedáneo de la etapa de saneamiento del juicio ordinario, y opera cuando la sentencia desestimatoria ha sido pronunciada merced al acogimiento de alguna de estas excepciones:

- Incompetencia del tribunal
- Incapacidad
- Ineptitud del libelo
- Falta de oportunidad en la ejecución (art 477 CPC).

La renovación de la acción ejecutiva, permite al ejecutante volver a demandar al ejecutado invocando el **mismo título ejecutivo o causa de pedir**, y requiriendo la misma cosa pedida, a saber, que se ordene el embargo y el pago de la deuda con la realización de los bienes embargados, sin que la sentencia desestimatoria produzca cosa juzgada en el nuevo juicio ejecutivo que se inicia.

De este modo, y a modo de adelanto de materias que más adelante se explican, decimos que la renovación de la acción ejecutiva es una excepción a la cosa juzgada, a la excepción de cosa juzgada, y debe su origen a la necesidad de compensar una etapa de saneamiento ausente en el juicio ejecutivo.

De igual modo, y en la misma línea de adelanto de materias, consignamos que la segunda institución que, junto a la renovación de la acción ejecutiva, hace excepción a la cosa juzgada en el juicio ejecutivo, es la reserva de acciones y excepciones en el juicio ejecutivo, facultad conferida al ejecutante para hacerlas valer en la oportunidad prevista en el art 467 y 478 CPC, pudiendo, por su lado, el ejecutado ejercer igual derecho en la oportunidad contemplada en los art 473 y 478.

Los escritos de Réplica y Dúplica

El escrito de Réplica

1.- Concepto: Es el acto procesal por medio del cual el demandante, junto con reafirmar los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda, aprovecha de rebatir las argumentaciones contenidas en el escrito de contestación. Es también la oportunidad para ampliar adicionar o modificar las acciones formuladas en la demanda; con este límite: no se puede alterar las acciones que sean el objeto principal del pleito.

2.- Plazo: El plazo para replicar es de 6 días siguientes a la notificación, por el estado diario de la resolución que provee el escrito de contestación (art 311 CPC).

3.- ¿Cuáles son las acciones que constituyen el objeto principal del pleito?:
Arriba se dijo que el límite para replicar es que el actor no puede alterar o modificar las acciones que constituyen **"el objeto principal de el pleito"**. Sobre la frase entre comillas recién apuntada se ha sostenido lo siguiente:

Según algunos (Casarino) la referencia hecha al objeto principal del pleito debe entenderse formulada con el alcance proveniente del art 17 CPC, esto es, que las peticiones que se formulen en lo principal, mientras que las que se formulan a modo subsidiario sí podrían ser modificadas. Para otros, en cambio (entre quienes nos contamos), entienden que el límite previsto por el art 311 apunta a mantener la identidad del objeto pedido y la causa de pedir, es decir, que no se aproveche la réplica para alterar substancialmente la pretensión del actor añadiendo una nueva causa de pedir (que son hechos) o una nueva cosa pedida que es un beneficio jurídico de lo que el demandado no haya tenido ocasión de hacerse cargo en su escrito de contestación. En otras palabras, no hay inconveniente en alterar, adicionar, modificar las acciones propuestas de modo principal o subsidiario, siempre y cuando, haciéndolo se mantenga la identidad de la cosa pedida y la causa de pedir. Así, por lo tanto quien solicita indemnización puede solicitar en la réplica el lucro cesante que no señaló en la demanda o mayores intereses de los que expuso en el libelo original.

El escrito de Dúplica

1.- Concepto: Es el escrito por medio del cual el demandado, junto con reafirmar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, aprovecha de rebatir los argumentos expuestos en la réplica. El mismo escrito permite ampliar, adicionar, o modificar las excepciones opuestas en el juicio, siempre que no alteren el objeto principal del pleito, expresión sobre cuyo alcance nos remitimos a lo ya dicho.

De la Conciliación

1.- Concepto: Es el equivalente jurisdiccional alternativo a la decisión judicial, y que consiste en un acuerdo al que llegan las partes con el que se pone término al juicio, con autoridad de cosa juzgada, y que se materializa en una audiencia de carácter obligatorio después de agotada la discusión y de carácter facultativo el cualquier etapa del juicio posterior, tomando el juez la iniciativa para proponer las bases de acuerdo o arreglo.

2.- Diferencias con la transacción y el avenimiento: La transacción es un contrato por medio del cual se pone término a un litigio existente o se precave un litigio eventual; la conciliación no es un contrato y además siempre tiene naturaleza judicial, lo que no puede decirse en todo caso de la transacción que puede extenderse para "precaver" un litigio, es decir, puede tomar forma extrajudicial.

La conciliación es también distinta del avenimiento. En efecto el avenimiento es un acuerdo al que arriban las partes fuera del juicio, sin el auxilio, asistencia o intermediación del juez para alcanzar las bases de acuerdo. Esto no significa que a la sede judicial le sea extraña al avenimiento, ya que para que tenga fuerza ejecutiva es necesario que se presente ante el tribunal competente y que se apruebe por el secretario del tribunal o por 2 testigos de actuación (art 434 nº 3 CPC), pero a diferencia de la conciliación no es un trámite o diligencia esencial, concebida con carácter obligatorio al término de la discusión, ni menos estructurado para que se concrete con la intervención del juez.

Sin duda que, pese a sus diferencias, hay algunos puntos de encuentro entre los institutos antes nombrados:
2.1. Todos son equivalentes jurisdiccionales
2.2. Por la misma razón, todos producen cosa juzgada;
2.3. Y en algunos casos, tienen carácter judicial. Comparten estas características:
- Transacción judicial
- Conciliación judicial
- Avenimiento

3.- Procedencia de la conciliación: La conciliación procede en todo juicio civil en que sea admisible la transacción (derechos disponibles), con excepción de:
- Juicio ejecutivo.
- Derecho legal de retención (la retención es una medida precautoria que recae sobre cosas muebles, el derecho legal de retención es un derecho que la ley reconoce a ciertos acreedores para retener las cosas de su deudor como ocurre con el arrendador).
- Citación de evicción.
- Juicio de hacienda.
- En todos los que esté comprometido el orden público.

4.- Oportunidad: Hay más de una oportunidad para hacer el llamado a conciliación sin embargo, cuando se trata del llamado a conciliación obligatoria, la oportunidad prevista para este trámite, elevado al carácter de "trámite o diligencia esencial" (art 795 nº 2), es una vez agotados los trámites de la discusión, es decir, una vez evacuado el trámite de la dúplica. Dicho en términos secuenciales la dinámica será la siguiente:

Demanda -> contestación -> réplica -> dúplica -> conciliación (obligatoria).

5.- Casos en que no procede: La conciliación aún en los juicios en que sea admisible dicho trámite, no tendrá lugar en los siguientes casos:
- El demandado acepta llanamente la demanda.
- El demandado no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio.
- Las partes piden que se falle el pleito sin más trámite.

En otras palabras, no opera la conciliación en los eventos que contempla el art 313 CPC (art 262 CPC), ya que en estos casos, no habiendo contradicción el juez debe citar a las partes a oír sentencia.

6.- Tipos de llamado a conciliación:

6.1. Obligatorio: Es el que debe hacerse agotada la discusión, tanto así que ha sido elevado al carácter de trámite o diligencia esencial (art 795 n° 2), cuya omisión autoriza a interponer un recurso de casación en la forma art 768 n° 9 CPC.

6.2. Facultativo o Voluntario: El art 262 inc 3° CPC permite al juez, en cualquier estado de la causa, efectuar el mismo llamado a conciliación una vez contestada la demanda con carácter facultativo.

7.- Rol del juez: El juez en la conciliación obrará como amigable componedor. Tratará de obtener un avenimiento o acuerdo total o parcial en el juicio, las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa (art 263 CPC).

8.- Forma de la conciliación: De todo lo obrado en la audiencia de conciliación se levantará una acta que suscribirá el juez, las partes que lo deseen y el secretario, y se estimará como "sentencia ejecutoriada" para todos los efectos legales.

9.- Rechazo de la conciliación: Si se rechaza la conciliación o no asisten las partes y sus abogados, el secretario certificará este hecho de inmediato para luego entregar los autos al juez para que proceda en conformidad al art 318 CPC, o sea para recibir la causa a prueba.

Addenda:

La Reconvención

1.- Generalidades: Pese a encontrarnos en la etapa conciliatoria debemos formular una adenda ya que hemos omitido referirnos a la reconvención. La reconvención es un trámite que estructuralmente corresponde incluirlo dentro de la fase de discusión; se trata de una de las facultades que tiene el demandado para enfrentar la demanda entablada en su contra, que se traduce en una **contrademanda**, es decir, en una acción deducida contra el demandante. Se comprueba, entonces, que su ubicación no es en la fase de conciliación ni tampoco luego de concluida ésta. Que se trate a continuación es sólo consecuencia de un olvido del profesor.

2.- Concepto: La reconvención es un acto procesal por el cual el demandado en la cuestión principal, entabla, por su lado, demanda en contra del actor. El demandado pasa

entonces a ser demandante en la reconvención; y el demandante en la cuestión principal pasa a ser demandado en la reconvención.

3.- Formalidades del escrito de reconvención: Son las propias del escrito de demanda, es decir, las del art 254 CPC, pudiendo hacerse las modificaciones a la reconvención en los términos previstos por el art 261 CPC (art 314 CPC).

4.- Oportunidad: Según el art 314 CPC la reconvención debe hacerse valer en el escrito de contestación de la demanda.

5.- Requisitos de procedencia: Son 2.

5.1. Que el tribunal sea competente para conocer de la reconvención en cuanto a la materia (art 3159) y en cuanto al territorio.
5.2. Que tanto la demanda principal y la reconvención estén sujetos a un mismo procedimiento.

6.- Comentarios:

a) Es indispensable que el tribunal sea competente para conocer de la reconvención, en términos de la competencia absoluta y relativa. Para referirse a este requisito el art 315 utiliza esta expresión: que sea competente para conocer de la reconvención "estimada como demanda".

b) Es necesario que ambas acciones, es decir, la primera demanda y la reconvención estén sujetas a un mismo procedimiento. Este requisito fluye del art 316 inc 1º CPC en cuanto ordena que la reconvención se substanciará y fallará conjuntamente con la demanda principal.

c) La reconvención es una cuestión principal. Este carácter determina que la sentencia que la resuelta será siempre una sentencia definitiva. En este sentido, hay una impropiedad en el art 111 del COT cuando señala, a modo de ejemplo de la regla de la extensión, a las materias que pueden conocerse por vía de reconvención, ya que ésta no es cuestión accesoria.

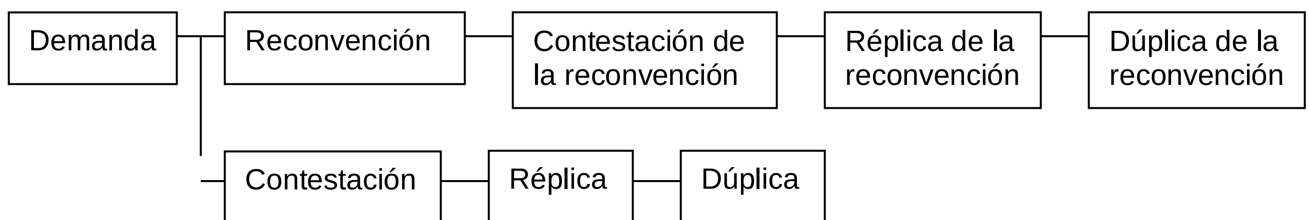
d) El art 315 establece que la reconvención puede deducirse aún cuando por su cuantía la reconvención deba ventilarse ante un juez inferior. Este pasaje legal lo apreciamos hoy como un anacronismo, ya que, bien sabemos, la cuantía, en materia civil, no determina tribunal competente; aunque si procedimiento a aplicar, de modo que si la primera demanda y la reconvención no pueden tramitarse de modo conjunto no es o no será en razón de la incompetencia absoluta del tribunal, sino que en razón del distinto procedimiento a que están sujetas la primera demanda y la reconvención, según la cuantía de una y otra.

7.- Tramitación de la reconvención: Según el art 316 inc 1° la reconvención se substanciará y fallará conjuntamente con la cuestión principal, sin perjuicio de lo establecido en el art 172.

Contra la reconvención hay lugar a las excepciones dilatorias del art 303 (art 317), las cuales se opondrán dentro del término de 6 días.

Acogida una excepción dilatoria el demandante reconvencional deberá subsanar los defectos de que adolezca la reconvención dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución que acoja la excepción. Si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada la reconvención para todos los efectos legales

8.- Secuencia: Traducida la tramitación de la reconvención en términos secuenciales la dinámica será la siguiente:



Por lo tanto ya que conocemos los plazos previstos para replicar y duplicar en la demanda primitiva, a saber, 6 días después de conferido el respectivo traslado (art 311 CPC), los plazos para contestar en la reconvención, para replicar en la reconvención, deberán ajustarse a los mismos 6 días otorgados para la réplica y la dúplica, como se muestra en el esquema, al mismo plazo deberá sujetarse la dúplica en la reconvención, esto es 6 días.

El objeto del proceso civil

Ahora que hemos concluido el estudio de los trámites que comprende la fase de discusión, encontrándonos aportas del estudio de la teoría general de la prueba, hacemos un alto para reflexionar sobre el objeto del proceso, en el ámbito civil.

Seguimos en esto a Montero Aroca Juan, en su obra "*la prueba en el proceso civil*" Madrid 1996 primera edición. Quien sobre el punto recuerda que el objeto del proceso queda determinado, exclusivamente, por la pretensión del actor. No es que Montero Aroca olvide la resistencia del demandado ejercida por medio de las excepciones, pero en su concepto, estas últimas no introducen un objeto nuevo y distinto del que ya viene delimitado por la pretensión del demandante. En opinión de Montero Aroca las excepciones no fijan el

objeto del proceso sino que los términos del debate (página 19), habiendo obligación de emitir pronunciamiento sobre ellas, las que siempre estarán formuladas por referencia al objeto determinado por el *petitum* del actor.

Teoría General de la Prueba

Temática: En torno a la teoría general de la prueba es posible estructurar un conjunto de temas que giran en torno a ella y que puede plantearse de modo didáctico por un conjunto de interrogantes, que más adelante respondemos en detalle, conformándonos, por ahora, con su mera enunciación:
- ¿Que es probar?
- ¿Qué se prueba?
- ¿Quién debe probar?
- ¿Para que se prueba?
- ¿Cómo se prueba?
- ¿Cuál es la eficacia de la prueba?

Desarrollo:

1.- ¿Qué es probar?:

1.1. Concepto de la prueba: Es una actividad que apunta a formar la convicción en el tribunal sobre la verdad de una afirmación que sobre un hecho controvertido formula una parte mediante un procedimiento legal de verificación o comparación entre una afirmación y un hecho.

1.2. Acepciones del concepto prueba: Cuando definimos la prueba dijimos que ella consistía en una actividad. Al hacerlo tomamos partido de una de las varias acepciones que tiene el concepto "prueba" y que la identifica con una actividad. Pero advertimos, sin embargo, que no es la única acepción de éste institutito, ya que existen otras dos posibles significados de la prueba. En efecto, la prueba aparece también referida a los medios para formar convicción, y en tal sentido hablamos cuando aludimos a los medios de prueba en particular como la prueba de testigos, la prueba confesional y prueba instrumental, entre otros medios. Por otro lado, la prueba también aparece referida al resultado del procedimiento probatorio, y en este tercer sentido hablamos de la prueba para aludir a si un hecho ha sido probado o no.

2.- ¿Qué se prueba?:

2.1. Objeto de la prueba: Con esta interrogante se intenta dilucidar el objeto de la prueba, es decir, aquello sobre lo que la prueba recae. Sobre el particular resulta muy apropiado que tengamos en cuenta la distinción, para lo cual, en esta materia, vamos a seguir las explicaciones que realiza el procesalista español Juan Montero Aroca, en su obra, *"La prueba en el proceso civil"*[13], en torno a los conceptos de **Objeto de la Prueba** y **Tema de la prueba** (thema *probatorium*).

[13] MONTERO AROCA, Juan, *"La prueba en el proceso civil",* Thomson. Civitas. 4° ed.

Según Montero Aroca, cuando se habla de objeto de la prueba se está haciendo referencia a todas las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye primero y principalmente, a todo lo que las normas jurídicas establecen como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla de derecho, es decir, una consecuencia derivada del hecho que sirve de presupuesto a la norma. En este sentido la pregunta apropiada en torno al objeto de la prueba es la siguiente: ¿Qué puede probarse? Y la respuesta será **todo lo que la norma abstracta y general contemple como supuesto para hacer operar la consecuencia que ella misma contempla**. Las normas cobran aplicación al configurarse un supuesto de hecho que ellas mismas contemplan; por lo tanto, puestas así las cosas, lo que puede probarse son hechos, porque por regla general son eventos fácticos aquellos de los que depende la hipótesis normativa.

Sin embargo, cuando se trata de establecer la efectiva ocurrencia de un hecho en el mundo de la realidad, y no como un mero supuesto de una norma jurídica, vale decir, cuando se intenta probar un hecho para el acogimiento de una la pretensión deducida en juicio, la pregunta no puede formularse en términos potenciales de lo que puede probarse, sino que debe ahora formularse de este modo: **¿Qué debe probarse?** Cuando se responde esta segunda interrogante se cambia de perspectiva y la respuesta debe ser esta: **Se prueban las afirmaciones que sobre un hecho formulan las partes**.

Cuando la pregunta está formulada que este modo: “¿qué debe probarse?” no estamos ya frente al objeto de la prueba, sino que frente al *THEMA PROBATORUM*.

Extendiéndonos un poco más en este segundo sentido del tema probatorio conviene aclarar que lo que debe probarse son afirmaciones respecto de los hechos que tengan el carácter de controvertidos. No es posible que la prueba recaiga acerca de la “verdad” de un hecho, ya que el juez debe estarse, conforme al principio de aportación de partes, a los hechos que los litigantes introduzcan al proceso mediante sus afirmaciones, no pudiendo desplegar actividad inquisitiva oficiosa para indagar la real ocurrencia o inexistencia de los hechos afirmados o negados por las partes.

En consecuencia, si nos preguntamos a cerca de lo que puede probarse responderemos diciendo que es todo aquello que la norma contemple como supuesto de una determinada consecuencia jurídica, y esto último consistirá, la mayor parte de las veces, en hechos. Por el contrario, si nos preguntamos a cerca de lo que debe probarse para que en un caso concreto se acoja la pretensión formulada por el demandante o la excepción opuesta por el demandado, responderemos diciendo, a la luz del tema probatorio, que la actividad probatoria recae sobre las afirmaciones que formulan las partes en torno a un hecho controvertido. Descartaremos, en esta segunda interrogante, cualquier pretensión de que la prueba se enderece o apunte a demostrar la verdad de un hecho, ya que los hechos no son verdaderos o falsos, sino que simplemente ocurren o no, vale decir, existen o no, y ellos (los hechos) sólo existen por medio de las afirmaciones que las partes

realizan, no teniendo el tribunal facultades oficiosas inquisitivas para indagarlos o establecerlos. En nuestro medio, la mejor demostración de que son las afirmaciones de los hechos y no la verdad de los mismos lo que se prueba es el art 313 CPC que permite incluso a las partes solicitarle al juez que cite a oír sentencia, sin recibir la causa a prueba, conformándose únicamente con los hechos expuestos por ellas.

2.2. Delimitación del tema probatorio: Ya sabemos que lo que debe probarse son las afirmaciones que en torno a los hechos formulan las partes, sin embargo, este aserto debe irse delimitando de modo progresivo hasta llegar a determinar, con exactitud, lo que debe ser objeto de la prueba. Desde esta perspectiva haremos las siguientes precisiones:

a) Hechos controvertidos: Deben probarse las afirmaciones que se hacen respecto de los hechos, siempre y cuando estas fueren controvertidas por la contraparte. Por lo tanto si no hay controversia sobre los hechos no corresponde que sobre ellos recaiga prueba. Controvertir es negar explícitamente un hecho, y en este sentido es distinto de admitir tácitamente un hecho.

b) Hechos tácitamente admitidos: El hecho tácitamente admitido es aquél que no ha sido controvertido por la parte que se defiende, vale decir, el litigante ejerce su derecho a defensa, o sea, se defiende de modo expreso, pero deja sin controvertir algunos de los hechos expuestos por la contraria, a consecuencia de lo cual opera la admisión tácita del mismo. Los hechos tácitamente admitidos no se prueban.

c) Hechos notorios: el hecho notorio es aquél que resulta conocido por la generalidad de las personas en un lugar y época determinados. Es por lo tanto un concepto relativo a los sujetos al tiempo y al lugar de que se trata. Sobre los hechos notorios no es necesaria rendir prueba, por razones de economía procesal se justifica eximir a las partes de la rendición de pruebas sobre esta clase de hechos.

d) Hechos que la ley presume: Hay 2 clases de presunciones; Hay una presunción simplemente legal y hay también una presunción de derecho.

- La presunción simplemente legal: Es aquella en que la ley, en base a un antecedente conocido desprende, deriva o infiere uno desconocido, permitiendo a la parte, a quien la presunción perjudica, rendir prueba en contrario.

- En la presunción de derecho: Es aquella en que la ley, tomando también como base un supuesto de hecho conocido, infiere una consecuencia, no pudiendo la parte a quien la presunción perjudica rendir prueba en contrario. Tratándose de este segundo tipo de presunciones se dice que no es objeto de prueba el hecho que viene presumido por el solo ministerio de la ley ya que ésta no admite prueba en contrario. Para algunos, la materia relativa a los hechos presumidos por la ley es una cuestión de inversión de la carga de la

prueba, para otros, en cambio (Couture), los hechos que se presumen de derecho forman parte del objeto de la prueba y no de su carga.

Llamamos la atención en cuanto a que, sea que se trate de una presunción simplemente legal (la cual admite prueba en contrario) o de una presunción de derecho (la cual no admite prueba en contrario), para que surta efecto o se tenga por probado el hecho que la ley presume es indispensable que la parte que quiere favorecerse con él pruebe el antecedente o presupuesto, o hecho conocido del que se infiere el desconocido. Por lo tanto, para probar la época de la concepción es necesario acreditar el nacimiento (art 76 CC). Y para acreditar la muerte presunta hay que demostrar el desaparecimiento.

En otras palabras, para que operen las presunciones de derecho o simplemente legales es indispensable que se despliegue actividad probatoria encaminada a demostrar el antecedente que sirve para inferir el consecuente que se presume.

Pese a lo dicho, se distingue en doctrina una tercera categoría de presunciones que los autores llaman “verdades transitorias o presunciones aparentes”. Este tercer género de presunciones difiere de las dos anteriores en cuanto a que la persona favorecida con la presunción no requiere ni necesita probar el hecho del que se desprende la consecuencia o hecho presumido porque ese antecedente o presupuesto viene prodigado o establecido de antemano por la ley, sin perjuicio que la parte a quien la presunción perjudica pueda rendir prueba en contra de la presunción o del hecho presumido. A esta tercera clase o categoría de presunción pertenece la denominada “presunción de inocencia”, ya que el imputado goza de ella aún cuando existan antecedentes de cargo que lo incriminen, recayendo en el acusador el deber de demostrar en juicio el hecho punible y la participación superando los estándares de convicción que la ley contempla y que, en nuestro caso, consisten en superar el umbral de la “duda razonable”. Si el acusador demuestra en juicio el hecho punible y la participación el acusado pierde la presunción de inocencia que lo ampara y queda sujeto al *ius puniendi* estatal.

Hacemos presente que en concepto de algunos autores la presunción de inocencia no es en rigor una presunción, es un estado de inocencia que debe necesariamente anteceder a la condena, ya que el proceso penal es el mecanismo contemplado para la aplicación de las sanciones y por lo tanto mientras este no concluya, no puede el imputado ser considerado ni tratado como culpable. Esto, en buenas cuentas, es una proyección del aforismo: “*nulla pena sine procesum*”.

2.3. Conclusión: A modo de conclusión podemos consignar las siguientes:

a) En materia de objeto de la prueba se hace necesario hacer una distinción conceptual entre “objeto de la prueba” y “tema probatorio”. Bajo la perspectiva del objeto de la prueba lo que constituye el material sobre el que recae la prueba está representado por todo lo que

en la norma o precepto legal sea condición de un efecto jurídico. Por lo regular, las consecuencias jurídicas dependen de hechos. De este modo, bajo este prisma, el objeto de la prueba, su material está constituido por **hechos**. Esta cuestión se encara con esta pregunta: ¿Qué puede probarse?

b) Vista la cuestión desde la perspectiva del tema probatorio la orientación cambia a un sentido diverso, ya que en este caso la pregunta que se formula es esta otra: ¿Qué **debe** probarse? La respuesta es: las **afirmaciones** que sobre un hecho controvertido formulan las partes.

c) Si se restringe el análisis al tema probatorio tendremos que concluir que el material u objeto sobre el que recae son las afirmaciones que se hacen acerca de un hecho, en torno a las cuales habrá de rendirse prueba, exceptuando, claro está los siguientes aspectos : los hechos no controvertidos, los hechos admitidos tácitamente, los hechos públicos o notorios, los hechos cubiertos por una presunción de derecho.

d) En suma, para obtener en juicio, es decir, para que prospere la acción deducida en un caso concreto, es imprescindible rendir prueba sobre las afirmaciones que se hacen en torno a los hechos, quedando exceptuadas las hipótesis indicadas más arriba.

2.4. ¿Y el derecho: Se prueba?: El derecho no es objeto de prueba ya que a su respecto opera una presunción de conocimiento contemplada en el art 8 CC. Sin embargo, por excepción, el derecho será materia de prueba en los siguientes casos:

a) Tratándose de la ley extranjera.
b) Tratándose de los hechos que conforman o constituyen la costumbre, en los casos que la ley se remite a ella.

Las hipótesis anteriores, si bien se mira, finalmente se reconducen a prueba de hechos ya que la ley extranjera, aunque tenga naturaleza normativa, es para el juez un dato de hecho ya que no se presume su conocimiento, y lo propio cabe indicar respecto de la costumbre, que está compuesta por hechos.

De lo dicho entonces puede consignarse un último corolario: La prueba recae sobre las afirmaciones en torno a un hecho controvertido, y excepcionalmente en el derecho, tratándose de la ley extranjera y de los hechos que constituyen la costumbre; debiendo excluirse los hechos no controvertidos, los hechos admitidos tácitamente, los hechos públicos o notorios y los hechos cubiertos por una presunción de derecho.

3.- ¿Quién debe probar?: La respuesta de esta interrogante nos lleva a la **carga probatoria**, y sobre ese punto la doctrina distingue dos conceptos que son de suma utilidad, a saber, la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material.

3.1. Carga probatoria: La **carga de la prueba formal** tiene como destinatarios a las partes y se trata de un conjunto de reglas o directrices que determinar a cuál de las partes en conlicto les corresponde la prueba de un hecho, sin es que quieren obtener un resultado favorable en el juicio. La carga de la prueba en sentido formal opera durante el período de prueba, a diferencia de la carga de la prueba en sentido material, que recibe aplicación en el momento del fallo. Ya examinaremos cuáles son la reglas o directrices de la carga de la prueba en sentido formal.

La **carga de la prueba material**, llamada también "regla de juicio", está dirigida al juez y opera al momento de dictar sentencia y recibe aplicación respecto de aquellos hechos que durante el curso del juicio no resultaron probados o son inciertos, y se traduce en desestimar, en la sentencia, los hechos que las partes no lograron probar siendo de cargo suyo el hacerlo, conforme a las directrices o parámetros de la carga de la prueba en sentido formal que examinaremos más adelante.

En suma, la carga de la prueba es un instituto bifronte, es decir, que mira al mismo tiempo a dos sujetos diversos y con aplicaciones en momentos distintos. Mira por un lado a las partes en la fase probatoria, distribuyendo entre ellas el peso o carga de las afirmaciones que se hacen en torno a los hechos y mira, asimismo, al juez, en la etapa de dictación de la sentencia, imponiéndole directrices para fallar en contra de aquel que no logró acreditar un hecho controvertido.

3.2. Reglas o directrices en torno a la carga de la prueba: Hemos dicho más arriba que la carga de la prueba en sentido formal asigna roles probatorios a las partes durante el juicio. Toca ahora determinar cuáles son esas reglas orientadoras para las partes.

Sobre el particular, digamos que la doctrina se ha esforzado por encontrar una regla general que ilumine a las partes en la fase probatoria y al juez al momento de dictar sentencia, no lográndose hasta ahora el hallazgo de una sola regla que cubra todas las hipótesis que puedan darse en el proceso, de allí que pueda apreciarse distintas perspectivas sobre la materia, las que seguidamente planteamos:

a) Las máximas romanas: El punto de partida para encontrar una regla general en materia de carga probatoria se intentó encontrar en el derecho romano, pero pronto se advirtió la insuficiencia de este método, por no poder explicar todas las situaciones y ser incorrectas algunas de las máximas romanas. Así pasa con aquella que indica que los hechos negativos no se prueban, lo que constituye un error, ya que es posible demostrar un hecho negativo mediante la prueba de un hecho positivo contrario u opuesto al mismo. Así, por ejemplo, si se quiere probar que una persona no ha estado en un lugar (hecho negativo) es posible acreditar dicha circunstancia mediante un hecho positivo, consistente en demostrar que se ha estado en un lugar diverso.

b) Las categorías de hechos: Otro intento por llegar a una regla general consistió en clasificar o categorizar los hechos. De este modo se plantea que los hechos constitutivos deben probarse por el demandante, mientras que los hechos impeditivos, extintivos, excluyentes o modificativos deben acreditarse o demostrase por el demandado. Esta fórmula también es insuficiente ya que en la dialéctica de las argumentaciones de las partes es posible que un hecho que se alegue como extintivo, modificativo o impeditivo también pueda ser de cargo del demandante, dependiendo de la alegación que formule el demandado.

c) Las reglas legales: Entre nosotros existe una regla legal sobre distribución de la carga de la prueba contemplada en el art 1698 CC, conforme al cual: "incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas". Compruébese, en este caso, la insuficiencia de este precepto legal desde que solo comprende a la prueba de las obligaciones en el ámbito contractual, dejando de lado la responsabilidad extracontractual y olvidando, además, que existen otra clase de hechos distintos a los constitutivos y extintivos que la norma citada alude. Por eso, solo puede tomarse al art 1698 CC como un punto de partida aplicable en un caso en concreto, el cual sería la responsabilidad contractual y en la confrontación de hechos constitutivos y extintivos.

d) La teoría de las cargas dinámicas: La teoría de las cargas dinámicas, que tiene entre como gran difusor al jurista argentino Peyrano, se inspira en el principio de "facilidad de la prueba". De acuerdo a esta orientación se plantea que, en ciertos casos excepcionales, no es posible mantener estática la carga probatoria asignándola unilateralmente al demandante para probar los hechos constitutivos y al demandado para probar los hechos extintivos, debiendo existir un dinamismo o traslación de la carga de la prueba a aquel de los litigantes que se encuentre en mejores condiciones para demostrar el hecho controvertido, aunque se trate de un hecho que en principio deba demostrar la parte contraria. Así ocurre en la responsabilidad médica, en que la prueba del apego a la *lex artis* será de cargo del que debió emplearla y no del que alega su infracción. Otro tanto ocurre en el caso de un litigante que tiene a su alcance todo el material probatorio en que se funda la demanda y cuya obtención por parte del demandado resulta en extremo difícil. El dinamismo, entonces, se traduce en invertir las cargas colocándolas en aquella parte que está en mejor condición de probar el hecho.

e) Los hechos normales y anormales: Otro planteamiento en torno a la carga de la prueba es el que distingue entre hechos normales y anormales. Se dice que todo aquel que haga una afirmación de hecho que rompa una frecuencia o regla general de normal ocurrencia de los hechos tiene la carga probatoria de demostrarlo, mientras que el que afirma un hecho de común o normal ocurrencia no tiene el deber de demostrar que este ocurrió del modo como habitualmente las cosas suceden. Así por ejemplo si una parte demuestra la celebración de un contrato de compraventa debe partirse de la base que se reúnen en el todos los requisitos específicos del mismo ya que, con frecuencia, los contratos suelen

acordarse, celebrarse y ejecutarse correctamente, y el que alega que el contrato no reunía algún requisito especial debe demostrar su afirmación en juicio.

f) La teoría normativa de Rosenberg: Conforme a esta teoría, se plantea que las normas jurídicas están compuestas por un supuesto de hecho al cual la ley le asigna o asocia una consecuencia que consiste en la generación de un derecho. Partiendo de esta premisa, Rosenberg postula que la carga probatoria no tiene que estructurarse en base a la calidad con que actúa u obra el litigante en juicio, es decir, que no tiene trascendencia la condición de demandante o de demandado, si no que la carga de la prueba recae en aquel litigante interesado en obtener el beneficio o provecho de una norma jurídica, lo que implicará demostrar el antecedente o presupuesto del que deriva el derecho que la norma establece como consecuencia.

3.3. Los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos, excluyentes, modificativos:

a) Hecho constitutivo: Son todos aquellos que fundamentan la pretensión de la parte activa del proceso, en la medida que conforman el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación se solicita. Como señala Taruffo, el hecho constitutivo es aquel del cual una norma hace depender la existencia del derecho que se hace valer en el proceso.

b) Hecho impeditivo: Son aquellos acontecimientos que obstaculizan desde un indicio el nacimiento de la pretensión sostenida por la contraparte, o dicho en términos más amplios, que impiden la aplicación de la norma jurídica solicitada por la otra parte.

Por ejemplo, Juan sostiene la celebración de un contrato de compraventa (hecho constitutivo= la compraventa); Pedro, por su lado, sostiene la nulidad del contrato por la incapacidad absoluta del vendedor (hecho impeditivo= la incapacidad del vendedor).

c) Hecho extintivo: A diferencia del impeditivo, el hecho extintivo no ataca directamente el nacimiento del hecho constitutivo, si no que, al contrario, lo presupone, pero añade la existencia de un hecho que hace imposible que el hecho constitutivo surta efectos jurídicos. Ej: El pago.

d) Hecho excluyente: Un hecho excluyente es aquel que genera un efecto jurídico que contrarresta al alegado por la contraparte. Ascencio Mellado se refiere a ellos como “contra-derechos”. Se señala como ejemplo a la prescripción adquisitiva, que es un contra-derecho.

e) Hecho modificativo: Es aquel que altera la pretensión hecha por el actor. Ej: El pago parcial.

3.4. Principio de adquisición procesal: Este principio plantea que los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes que litigan. De esta manera, cuando la

actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte.

Aunque el principio tiene contenido general, de suerte que si una parte interpone el recurso de apelación este se tramitará para los dos litigantes, es en la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que SI UN HECHO HA SIDO PROBADO EL JUZGADOR TIENE QUE PARTIR DE ÉL EN LA SENTENCIA, SIENDO INDIFERENTE QUE PARTE LO HAYA PROBADO, dicho de otra manera, todas las pruebas se incorporan la proceso, “son del proceso” y tienen como destinatario al juez.

Aplicando este principio, si un testigo del demandado afirma un hecho que favorece al demandante, esa prueba le favorece al actor con independencia que provenga del demandado, la misma regla puede aplicarse a los restantes medios: instrumental, pericial, confesional, etc.

En el ámbito penal, si el acusado renuncia a su derecho a guardar silencio todo lo que exponga en su relato puede ser usado en su contra, en aplicación de este mismo principio.

4.- ¿Para qué se prueba?: Esta interrogante apunta a determinar cual es la finalidad de la prueba. Las tres principales corrientes consideran que la actividad probatoria tiene los siguientes objetivos:

a) Fijar formalmente los hechos en la sentencia.
b) Obtener el convencimiento judicial.
c) Obtener la verdad.

De estas tres corrientes predomina aquella según la cual el objetivo de la prueba es obtener el **convencimiento del juez** en torno a la verdad y en torno a una afirmación sobre un hecho controvertido formulado por las partes.

5.- ¿Cómo se prueba?: Esta interrogante apunta al tema relativo a los medios probatorios.

En esta materia se hace necesario distinguir entre fuente de prueba y medio de prueba. La **fuente de prueba** es una realidad que preexiste al proceso, es decir, tiene existencia con independencia del juicio en que se intenta demostrar un hecho. La manera para incorporar al proceso una fuente de prueba es a través de un **medio probatorio** que a diferencia de la fuente de prueba no es una realidad fáctica, si no una realidad legal.

Parangonando las fuentes y los medios de prueba se puede hacer el siguiente paralelo:

Medio de prueba	**Fuente de prueba**

1.- Testimonial:	Persona que toma conocimiento de un hecho como tercero extraño al juicio.
2.- Instrumental:	Documento que deja constancia de un hecho.
3.- Confesional:	Parte litigante y su admisión de hechos en la causa.
4.- Pericial:	Cosa, materia o persona que se somete a la pericia.
5.- Inspección Personal:	Lugar, cosa o persona reconocida.
6.- Presunciones:	-------No es en realidad un medio probatorio-------

La fuente de prueba puede consistir en una persona y el conocimiento que tiene de un hecho, en un documento y las afirmaciones vertidas en él, en un objeto sobre el cual recae el examen de un perito o en un lugar que es objeto de la revisión por parte del tribunal. Nótese que todas las fuentes de prueba preexisten al proceso y son independientes de él, y son las partes las que incorporan las fuentes de prueba al proceso mediante el correspondiente medio probatorio. Así, por ejemplo, si un tercero, distinto de las partes, tiene conocimiento de un hecho, ese tercero es fuente de prueba y la manera de incorporar su conocimiento de los hechos al proceso es a través de la prueba testimonial. De igual modo, si en un lugar ocurre un incendio, ese lugar es fuente de prueba y la manera de incorporar los vestigios del siniestro al proceso es a través de la concurrencia del tribunal al lugar de los hechos.

Si una persona es hijo de otra, dicha persona, en si misma, constituye una fuente de prueba y la manera de incorporar al juicio ese hecho puede ser a través de una prueba genética, etc.

En consecuencia, los hechos se prueban en juicio a través de los **medios probatorios** que son los mecanismos que establece la ley para incorporar al juicio las fuentes de prueba.

6.- ¿Cuál es la eficacia de la prueba?: La eficacia de la prueba apunta a la materia relativa al valor probatorio de cada medio en particular.

En doctrina se distinguen los siguientes sistemas de valoración de la prueba:

a) Sistema de prueba legal o tasada: Conforme a este sistema es la ley la que establece de antemano la eficacia probatoria de cada medio en particular, con independencia del grado de convicción que el medio produzca en el juez.

Este es el sistema que predomina en el actual sistema procesal civil chileno ya que la ley establece de antemano e valor probatorio de cada medio establecido en el art 347

CPC. Se critica a este mecanismo de valoración porque limita la ponderación judicial de las pruebas y pugna con un sistema más eficiente de apreciación de los hechos.

b) Sistema de libre valoración de las pruebas: Un sistema de libre valoración de las pruebas se caracteriza porque la ley no coloca ningún límite al juez en la apreciación de los hechos. En este sentido la ley no establece un valor anticipado a los medios probatorios en particular, cuya eficacia queda entregada al libre criterio del tribunal. Según Eduardo Couture, en un sistema de libre valoración de la prueba el juez ni siquiera se encuentra restringido por las pruebas rendidas en el juicio ya que puede formar su convicción por el saber privado que tenga de los hechos. Conforme a Eduardo Couture, un sistema de libre valoración permite dictar sentencia con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos.

c) Sistema de la sana crítica: El sistema de la sana crítica se caracteriza porque el juez tiene la atribución de dar a cada medio probatorio que se presente por las partes el valor que el sentenciador estime forma mayor convicción en él, sin embargo, a diferencia del sistema de la libre valoración, el juez se encuentra sujeto a criterios racionales de apreciación o ponderación de la prueba, no pudiendo entonces en la determinación del valor probatorio infringir las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia. En consecuencia, hay una sustancial diferencia en el sistema de libre valoración de la prueba, que no pone límites de ninguna índole al sentenciador en la ponderación de los hechos, con el sistema de la sana crítica que precisamente restringe la libertad judicial en la ponderación de los hechos en la racionalidad de la apreciación de cada medio probatorio lo que se traduce en no infringir las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia.

Este es el sistema que rige en el proceso penal y en los tribunales de familia, entre otros.

1.- De cuándo debe recibirse la causa a prueba:

1.1. Recepción de la causa a prueba: Concluidos los trámites de discusión y conciliación en el juicio ordinario, el tribunal debe efectuar un examen de los autos y decidir si debe o no recibir la causa a prueba.

El tribunal no recibirá la causa a prueba cuando se suscite alguno de los eventos previstos en el art 313 CPC, es decir:
a) Que el demandado acepte llanamente las peticiones del demandante.
b) Que el demandado no contradiga en sus escritos en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio.
c) Que las partes pidan al tribunal que la cause se falle sin más trámite.

Al contrario, el tribunal ordenará la recepción de la causa a prueba cuando concurran los requisitos contemplados en el art 318 CPC, vale decir:
a) Que recaiga controversia sobre un hecho; el derecho, según sabemos, no se somete a prueba si no en casos excepcionales.
b) Que los hechos controvertidos tengan el carácter de sustanciales y pertinentes: Hecho sustancial es aquel de cuya existencia depende el derecho debatido, hecho pertinente es aquel que guarda relación directa con el objeto de la controversia.
c) Que la controversia sobre los hechos sustanciales y pertinentes se suscite en los escritos principales del proceso, y tales son, básicamente, la demanda, la contestación, la réplica y la dúplica. Excepcionalmente, se sumarán las excepciones de los artículos 304 y 310 CPC.

2.- Resolución que recibe la causa a prueba:

2.1. Requisitos o menciones: Las menciones del auto de prueba son de 2 tipos: Las hay esenciales y hay otras accidentales.

Son **esenciales** las siguientes:
a) La orden de recibir la causa a prueba (la resolución dirá: "Valparaíso, diez de Junio de dos mil nueve: se recibe la causa a prueba" o "...recíbase la causa a prueba...")
b) Y la fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que debe recaer. A modo ejemplar la resolución dirá lo siguiente: "Recíbase la causa a prueba y se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a probar los siguientes: Si se celebró contrato de compraventa entre Pedro y Juan, si el demandado incumplió el contrato, si del incumplimiento se irrogó perjuicio y hasta que monto."

Son **accidentales**:

Aquellos cuya inclusión no viene impuesta por la ley sino que la práctica forense ha determinado que se los contemple en el auto de prueba. Tales son los siguientes:

a) La expresión que la causa se recibe a prueba por el término legal.
b) El señalamiento de las audiencias para recibir la prueba testimonial (de ordinario, los dos últimos días del probatorio).

2.2. Naturaleza jurídica: Pese a que comúnmente se le conoce como "auto", se trata de una sentencia interlocutoria, de segundo grado, o sea, que sirve de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva posterior. Recuérdese que, esta misma resolución podrá servir de base para la dictación de una sentencia interlocutoria posterior, supuesto que sea un incidente el que se reciba a prueba.

2.3. Notificación: Por mandato del art 48 CPC, esta interlocutoria se notifica por cédula.

2.4. Recursos: Al dictarse el auto de prueba el tribunal puede incurrir en errores que autorizan a las partes a deducir recursos en su contra. Los errores en que puede incurrirse son los siguientes:

2.4.1. Que la resolución no incluya todos los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, o bien, que agregue hechos que queden cubiertos por otros más genéricos, o sea, que agregue hechos en exceso.
2.4.2. Que niegue la recepción de la causa a prueba.
2.4.3. Que reciba la causa a prueba, siendo ello innecesario.

2.5. Desarrollo de los recursos que proceden en los casos arriba propuestos:

2.5.1. La resolución yerra la determinación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: Comentarios.

a) Esta resolución es susceptible de 2 recursos: reposición y apelación. Repárese en lo excepcional del primero de los recursos nombrados ya que, bien sabemos, las interlocutorias una vez notificadas a cualquiera de las partes producen desasimiento e impiden, por ende, al mismo tribunal que la dictó su ulterior enmienda; pese a lo cual, en este caso que estamos frente a una hipótesis excepcional al desasimiento ya que una interlocutoria, cuyo es el caso de la que recibe la causa a prueba, tolera o admite reposición.

b) Los recursos tienen una triple finalidad, a saber: Que se agreguen hechos omitidos; que se eliminen los que fueron incluidos en exceso o; finalmente, que se modifiquen los existentes cuando sean poco claros o incompletos.

c) El recurso de reposición es triplemente especial, y ello en atención a lo siguiente:
- Procede contra una interlocutoria.
- Se deduce dentro de tercero día, haciendo con ello excepción a lo previsto en el art 181 CPC, que contempla un plazo de 5 días para pedir reposición.
- El tribunal puede resolver el recurso de plano, o bien, darle tramitación incidental, haciendo con ello excepción art 181 inc 2º CPC conforme al cual la reposición se falla de plano.

d) La apelación tiene también ciertas notas que la hacen especial:
- Solo puede interponerse de modo subsidiario de la reposición.
- Se interpone dentro de tercero día, siendo que la regla general es que proceda dentro de quinto (art 189 CPC).

e) Si el tribunal acoge la reposición no se pronunciará respecto de la apelación, por ser innecesario. La parte agraviada con el acogimiento de la reposición podrá, por su lado, interponer recurso de apelación que se concederá en el solo efecto devolutivo (art 326 CPC).

f) Si el tribunal no acoge la reposición, concederá la apelación en carácter de subsidiaria. De acogerse el recurso de apelación puede darse la hipótesis de que sea necesario rendir prueba, al tenor del nuevo hecho que se someta a prueba, encontrándose ya vencido el término probatorio ordinario. Para tal evento, el art 339 inc 4º CPC confiere un término probatorio especial, por el número de días que prudencialmente fije el tribunal, que en ningún caso podrá exceder de 8.

2.5.2. Resolución que explícita o implícitamente niega lugar a la recepción de la causa a prueba: Esta resolución susceptible del recurso de apelación, por expresa disposición del art 326 inc 1º CPC.

Explícitamente se niega la recepción de la causa a prueba cuando derechamente se falla con un "no ha lugar" a la petición respectiva.

Implícitamente se niega la recepción de la causa aprueba cuando en lugar de abrir un término probatorio se decide citar a las partes a oír sentencia. Aquí no debe olvidarse, cabe una excepción: que las mismas partes pidan al tribunal que se falle la causa sin más trámite (art 313 CPC).

2.5.3. Resolución que recibe la causa a prueba siendo ello legalmente improcedente: Esta resolución no es susceptible de reposición, porque se trata de una sentencia interlocutoria, y no existe precepto que haga excepción a la regla general para este caso. Ahora bien, en opinión de algunos, tampoco es susceptible de apelación ya que se argumenta que se trata de una resolución que "DISPONE LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS PROBATORIAS", resolución que con arreglo al art 326 CPC es inapelable. Otros, en cambio, creen que el auto de prueba, por si solo, no dispone la práctica de diligencias probatorias, únicamente determina los hechos sobre los cuales habrá de recaer la prueba y el lapso dentro del cual debe rendirse. En tal sentido nada impide que esta interlocutoria se revise por vía de apelación.

2.6. Ampliación de la prueba:

2.6.1. Concepto: Es un incidente por cuyo medio la parte litigante solicita que se reciba a prueba un hecho sustancialmente relacionado con los controvertidos ya fijados en el auto de prueba, pero que sobreviene dentro del término probatorio, es decir, con posterioridad a los escritos de demanda-contestación en los que pudo hacerse alegación o invocación de los mismos

2.6.2. Hipótesis legales: En materia de ampliación de prueba las hipótesis contempladas por el legislador están contenidas en el art 321 y 322 CPC. El primero se refiere a la hipótesis de procedencia de la prueba sobre un hecho sobreviniente, y el segundo, en resguardo del principio de bilateralidad de la audiencia, permite a la contraparte hacer idéntica solicitud de ampliación, ora incluyendo hechos nuevos y distintos de los propuestos

por la contraria, ora incluyendo hechos directamente relacionados con los propuestos por aquella.

2.6.3. Prueba nueva en el proceso penal: Muy emparentada con la ampliación de prueba que estudiamos se encuentra la figura que el CPP llama "prueba nueva", prevista en el art 336 CPP, conforme al cual cualquiera de los intervinientes puede solicitar, durante la tramitación del juicio oral, que se reciba prueba y se declare admisible medio probatorio nuevo cuando se trate de un hecho o de un medio del que el interviniente no estuvo en conocimiento.

2.6.4. El art 321 CPC: Según esta norma: "... es admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho sustancialmente relacionado con el asunto que se ventila". La norma en cuestión continúa indicando: "será también admisible la ampliación a hechos verificados y no alegados antes de recibirse a prueba la causa, con tal que jure el que los aduce que solo entonces han llegado a su conocimiento.

2.6.5. El art 322 CPC: Esta norma establece por su lado: "al responder la otra parte el traslado de la solicitud de ampliación, podrá también alegar hechos nuevos que reúnan las condiciones que menciona el art 321, o que tengan relación con los que en dicha solicitud se mencionan".

2.7. Las diligencias probatorias:

2.7.1. Concepto: Son tales las que permiten la rendición de los medios de prueba ofrecidas por las partes. Respecto de ellas la ley es enfática en cuanto a que se sometan, estrictamente, al principio contradictorio, llamado también de bilateralidad de la audiencia.

2.7.2. Régimen legal: Se sujetan a las siguientes reglas:

a) Se practican previo decreto judicial del tribunal que conoce de la causa, notificando a las partes (art 324 CPC).
b) En los tribunales colegiados pueden practicarlas uno de los ministros comisionados al efecto (art 325 CPC).
c) Es inapelable la resolución que ordena su práctica (art 326 inc 2º CPC).

2.8. El término probatorio:

2.8.1. Concepto: Es el espacio de tiempo señalado por la ley destinado para que las partes suministren al tribunal los medios de pruebas conducentes a la demostración de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados en el auto de prueba.

2.8.2. Características:

a) Es un término legal: Por que la ley se encarga de señalar su extensión.
b) Es, a veces, un término judicial: Por que dentro de los límites fijados por la ley, puede el tribunal fijar un número de días para la recepción de la prueba, como ocurre con la testimonial.
c) Puede también tomar forma convencional: Ya que también por acuerdo unánime de las partes puede reducirse su extensión (art 328 inc 2º CPC).
d) Es un término común: O sea, comienza a correr para todas las partes desde la última notificación.
e) Es un término que **no se suspende en caso alguno,** salvo que todas las partes lo pidan (art 339 CPC).
f) Es un **término fatal**, pero solo para la prueba **testimonial,** porque solo dentro de él puede pedirse y perentoriamente rendirse la prueba testimonial ofrecida (art 340 CPC).
g) Es un **término no fatal** para la prueba **instrumental**, que puede presentarse incluso antes del inicio del término probatorio (así lo permite el art 255 CPC, respecto de los documentos acompañados a la demanda); sin perjuicio de poder presentarse documentos en segunda instancia, por así permitirlo el art 348 CPC; otro tanto ocurre con la **prueba confesional**, que aunque puede solicitarse dentro del término probatorio, puede practicarse fuera de él (así lo permite el art 385 inc 2º CPC); lo propio ocurre con la **prueba pericial** (art 412 CPC).

2.8.3. ¿La actividad probatoria se concentra exclusivamente dentro del término probatorio?: Respuesta: No.

Para justificar la respuesta negativa recién dada, diremos que puede haber actividad probatoria incluso antes de iniciarse el juicio ya que, conforme a nuestros estudios, en el marco de las medias prejudiciales se contemplan aquellas que tienen naturaleza probatoria, cuyo es el caso de la testimonial, de la confesional, de la inspección personal del tribunal. Al mismo tiempo, hay actividad probatoria que antecede, e incluso sucede, a la expiración del término probatorio, así pasa con la instrumental, la confesional y la inspección personal del tribunal, en los términos expuestos más arriba. Por último, estando citadas las partes para oír sentencia puede el juez, con arreglo a lo previsto en el art 159 CPC, decretar medidas para mejor resolver cuya finalidad es despejar las dudas que al tribunal deja un medio probatorio rendido a instancia de las mismas partes, pudiendo ordenarse las diligencias que el aludido art 159 CPC menciona. Prevenimos, eso sí, que la prueba es una actividad asociada a las partes y va dirigida al juez para formar su convencimiento judicial; en tal sentido, las medidas para mejor resolver no son en rigor actividad probatoria si no que actuaciones procesales que apuntan a despejar las dudas que la actividad probatoria de partes deja en el juez. Solo en un sentido muy amplio puede incluirse a las medidas para mejor resolver dentro de lo que puede denominarse actividad probatoria.

2.8.4. Clasificación del término probatorio: Existen 3 clases de términos probatorios:

a) Ordinario (art 328 CPC).

b) Extraordinario (Art 329 a 338 CPC).
c) Especial (Art 339 y 340 CPC).

2.8.5. Término probatorio ordinario:

1. Concepto: Es el destinado a rendir prueba "DENTRO DEL TERRITORIO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL" que sigue la causa.

2. Duración: Es de 20 días, salvo que las partes por acuerdo unánime entre ellas, decidan reducir su extensión (art 328 CPC). Por ser plazo de días se suspende durante los feriados.

3. Cómputo: *Art. 320 (309). Desde la primera notificación de la resolución a que se refiere el artículo 318, y hasta el quinto día de la última, cuando no se haya pedido reposición en conformidad al artículo anterior y en el caso contrario, dentro de los cinco días siguientes a la notificación por el estado de la resolución que se pronuncie sobre la última solicitud de reposición, cada parte deberá presentar una minuta de los puntos sobre que piense rendir prueba de testigos, enumerados y especificados con claridad y precisión.*
Deberá también acompañar una nómina de los testigos de que piensa valerse, con expresión del nombre y apellido, domicilio, profesión u oficio. La indicación del domicilio deberá contener los datos necesarios a juicio del juzgado, para establecer la identificación del testigo.
Si habiéndose pedido reposición ya se hubiere presentado lista de testigos y minuta de puntos por alguna de las partes, no será necesario presentar nuevas lista ni minuta, salvo que, como consecuencia de haberse acogido el recurso, la parte que las presenta estime pertinente modificarlas.

2.8.6. Término probatorio extraordinario:

1. Concepto: Es aquel destinado a rendir prueba en un territorio jurisdiccional diverso de aquel en que se sigue el juicio, o bien fuera del territorio de la republica (art 334 y 335 CPC).

2. Duración: Esta constituido por el término probatorio ordinario ampliado con un número de días igual al que concede el art 259 CPC para aumentar el término de emplazamiento; es decir, 3 días más la tabla (art 329 CPC).

3. Cómputo: Comienza a correr una vez que se ha extinguido el término probatorio ordinario (artículo 333 CPC), y durará para cada localidad el número de días fijado en la tabla respectiva, pudiendo rendirse prueba solo en los lugares para los cuales se concibió el aumento.

4. Oportunidad para solicitarlo: Antes del vencimiento del término ordinario, determinando los lugares en que dicha prueba deba rendirse (art 332 CPC).

5. Requisitos: Debe distinguirse:

a) Si es para rendir prueba dentro de la república, pero fuera del territorio del tribunal que conoce de la causa: Se concede siempre, salvo que haya justo motivo para creer que se pide maliciosamente con el solo propósito de demorar el curso del juicio (art 330 CPC).
b) Si es para rendir prueba fuera de la república: Deben concurrir los supuestos del art 331 CPC y la caución que consulta el art 338 CPC.

6. Tramitación: La tramitación del aumento extraordinario toma forma incidental, conforme lo ordena el art 336 inc 2º CPC, sin suspender el curso del juicio. Sin embargo, el incidente se provee de forma diversa, según sea el tipo de aumento extraordinario. En efecto, si es para rendir prueba dentro de la república se concede, CON CITACIÓN. Mientras que si es para rendir prueba fuera de la república se concede, CON AUDIENCIA.

7. Sanción: La parte que haya obtenido un aumento extraordinario sin rendir la prueba o solo rinda una impertinente será condenado al pago de los gastos en que haya incurrido la contraparte para presenciar las diligencias pedidas (art 337 CPC).

2.8.7. Término probatorio especial:

1. Concepto: Es aquel que se concede para permitir la recepción de prueba cuando sobreviene algún evento que impide su rendición dentro del término ordinario.

2. Los eventos que recoge el CPC: Son los siguientes:

a) Si durante el término probatorio ocurren entorpecimientos que imposibiliten la recepción de la prueba, sea absolutamente, sea con relación a algún lugar determinado.

En este caso se concede un aumento por un número de días igual al del entorpecimiento (art 339 inc 2º CPC).

El requisito para acceder a este término especial es que se reclame del obstáculo que impide la recepción de la prueba en el momento de presentarse o dentro de tercero día (art 339 inc 3º CPC).

b) Deberá concederse un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente el tribunal, y que no podrá exceder de 8, cuando tenga que rendirse prueba nueva, de acuerdo con la resolución que dicte el tribunal de alzada, acogiendo la apelación subsidiaria a que se refiere el art 319 CPC (art 339 inc final CPC).

A diferencia del caso anterior, para hacer uso de este derecho, NO SE REQUIERE DE RECLAMACIÓN PREVIA.

c) Si la prueba testimonial se ha comenzado a rendir en tiempo hábil (2 últimos días del probatorio) y no se concluye en él por impedimento cuya remoción no haya dependido de la parte interesada, podrá practicarse dentro de un breve término que el tribunal señalará, por una sola vez, para este objeto (art 340 inc 2º CPC). En este caso, también es necesario RECLAMAR DEL ENTORPECIMIENTO dentro del probatorio o de los 3 días siguientes a su vencimiento (art 340 inc 2º CPC).

d) Si el motivo del entorpecimiento es la inasistencia del juez, deberá el secretario, a petición verbal de cualquiera de las partes, certificar el hecho en el proceso y con el mérito de este certificado fijará el tribunal nuevo día para la recepción de la prueba (art 340 inc 3º CPC). En este caso, a diferencia del anterior, no es necesario reclamo.

e) Siempre que el legislador así lo establezca: Ejemplos, 159 inc 4º, 376 y 402 inc 2º y 3º CPC.

2.8.8. Los medios de prueba en particular:

1. Enunciación: Son medios de prueba aquellos que menciona el art 341 CPC, a saber:
- Instrumentos.
- Testigos.
- Confesión de parte.
- Inspección personal del tribunal.
- Informe de peritos.
- Presunciones.

2.8.9. La prueba instrumental:

1. Concepto: Es la que se produce por medio de instrumentos o documentos. Por su lado, se entiende por instrumento o documento todo registro, escrito o no, que deja constancia de un hecho.

2. Clasificación: Los instrumentos o documentos se clasifican:

a) Según su función: Se distingue en instrumentos por vía de prueba y por vía de solemnidad.

a.1. Por vía de prueba: Son aquellos que se exigen para probar un hecho (art 1701 CC).
a.2. Por vía de solemnidad: Son aquellos que se exigen para que el acto jurídico, que ellos documentan, tenga eficacia y surta efectos como tal.

b) Según su autenticidad: Los documentos se dividen en instrumentos públicos e instrumentos privados.

b.1. Instrumento público: Es aquel autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (art 1699 CC).
b.2. Instrumento privado: Es aquel que deja constancia de un hecho sin que en su otorgamiento haya intervenido un ministro de fe.

***Comentarios:** La diferencia esencial que existe entre un instrumento público y un instrumento privado es que, en el caso del primero, está presente un ministro de fe que puede refrendar que dicho documento fue otorgado por las personas y de la manera que en el instrumento se indica, de allí que se diga que los instrumentos públicos gozan de un **principio de autenticidad**, en los términos aludidos por el art 17 CC. Por el contrario, en el otorgamiento de los instrumentos privados no está presente un ministro de fe, por lo tanto, están desprovistos de la autenticidad inicial de que gozan los instrumentos públicos. Sin embargo, la autenticidad de que en principio carecen los instrumentos privados pueden adquirirla mediante un reconocimiento espontáneo o a instancia judicial que de ellos haga su autor, caso en el cual puede afirmarse que son auténticos.

No es factor determinante para diferenciar un instrumento público de un instrumento privado el que el primero (público) tenga solemnidades legales y el segundo (privado) no las tenga. En efecto, hay instrumentos privados que tienen solemnidades legales, así pasa con el pagaré, con la letra de cambio (ley 18.092) o el cheque (DFL 707, ley de cuentas corrientes, bancarias y cheques), que tienen menciones legales, pero no por ello pasan a ser públicos, ya que en su otorgamiento no ha intervenido ministro de fe que refrende el otorgamiento por parte de sus autores y su contenido.

Con frecuencia, en la práctica notarial, el ministro de fe suele autorizar la firma de un documento privado, pero esta intervención no lo transforma en público ya que, nuevamente, el ministro de fe no puede refrendar el contenido del documento, tan solo hacer fe pública que fue firmado ante él.

3. Iniciativa de la aportación de la prueba instrumental: La prueba instrumental, por regla general, se aporta voluntariamente por la parte a quien el documento probatoriamente favorece. Por excepción, hay ocasiones que el documento que acredita el hecho se encuentra en poder de la contraparte o de un tercero lo que obliga a acudir al mecanismo de la exhibición de documentos para lograr su aportación al juicio.

a) Concepto: La exhibición de documentos es el trámite procesal por medio del cual se obtiene que los documentos relacionados con el juicio se muestren en el tribunal, agregándose copia de ellos a los autos.

b) Requisitos:

b.1. Que los documentos tengan relación directa con la cuestión debatida.

b.2. Que los documentos no revistan el carácter de reservados o secretos (art 349 inc 1º CPC)

c) Sanciones: Las sanciones aplicables a quién rehúse la exhibición serán diversas según sea la contraparte o un tercero el que tenga los documentos a exhibir.

De esta forma: Si es la contraparte, incurre en multa que no exceda de 2 UTM, o arrestos de hasta 2 meses; sin perjuicio de repetir el apercibimiento (art 274 en relación con el art 349 inc 3º CPC). Además, perderá el derecho de hacer valer los documentos cuya exhibición se ha ordenado, sin perjuicio de decretarse el allanamiento del lugar en que se halle el documento cuya exhibición se pida; y si se trata de libros mercantiles, de ser juzgado por los asientos de los libros de su colitigante (art 349 inc 3º CPC).

4. Iniciativa del tribunal: Conforme al art 159 CPC, los tribunales, dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver, contándose entre ellas la agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes, configurando esta medida una iniciativa judicial en el ESCLARECIMIENTO de las dudas u obscuridades que la prueba rendida por las partes deja al tribunal (art 159 nº 1 CPC)

5. Oportunidad para rendir prueba instrumental: La materia se encuentra regulada en el art 348 CPC, haciéndose necesario distinguir:

a) En primera Instancia: En cualquier estado del juicio, hasta el vencimiento del término probatorio.
b) En segunda instancia: Hasta la vista de la causa.

Debe prevenirse que la agregación de los documentos en segunda instancia no suspenderá en ningún caso la vista de la causa, pero el tribunal no podrá fallarla sino una vez vencido el término de citación (aquí hay aplicación del contradictorio, en materia probatoria), cuando haya lugar a ella. La infracción de esta norma configura una causa del recurso de casación en la forma, del modo previsto por el art 768 nº 9 en relación con el art 795 nº 5, ambos del CPC.

6. Los Instrumentos extendidos en lengua extranjera: Respecto de ellos se impone una nueva distinción:

a) Si se acompañan debidamente traducidos por la parte que los presenta: La traducción valdrá salvo que la contraparte exija dentro de sexto día, que sean traducidos por un perito.

b) Si no se acompañan traducidos: Se mandarán traducir a costa de la parte que los presente

7. Los Instrumentos Públicos:

7.1. Concepto: Instrumento público o auténtico es el que se autoriza con las solemnidades legales, por el competente funcionario (art 1699 CC).

7.2. Comentarios:
a) Al definir el instrumento público el art 1699 CC asimila dos categoría diversas entre sí, a saber, el carácter público y la autenticidad del documento. Un instrumento inviste **carácter de público** cuando en su otorgamiento ha intervenido un ministro de fe, observándose, además las solemnidades que sean del caso. Otra cosa distinta es que un instrumento público sea al mismo tiempo **auténtico**, ya que la autenticidad se refiere al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se indica (art 17 inc 2 CC). Claro está que un instrumento público en la medida que se otorga ante un tercero que inviste la calidad de ministro de fe se encuentra dotado de una autenticidad preeliminar, que emana de la autoridad que presenció su otorgamiento por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa (por eso en las escrituras públicas, el notario actuante utiliza un encabezado que dice "ante mí"), pero nada impide acreditar que el documento, pese a ser público, puede no ser auténtico.

b) Una especie de instrumento público es la **escritura pública**. Se encuentra definida en el art 1699 inc 2 CC y en el art 403 COT. La primera norma expresa que instrumento público otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público se llama escritura pública. La segunda norma indica que la escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades legales que fija esta ley por el competente notario, e incorporado a su protocolo o registro público.

c) El **protocolo** es el REGISTRO que contienen las escrituras públicas (se trata de libros empastados). Los protocolos destinan la parte final de ellos para agregar documentos, de cualquier tipo, sean o no escrituras públicas. Según el art 415 COT, protocolizar es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita. Un instrumento privado protocolizado, no es un instrumento público ni una escritura pública, es sencillamente un instrumento que dentro de un protocolo (libro empastado) se agrega al final del mismo, con documentos de su mismo tipo o de otro diverso.

7.3. Los Instrumentos Públicos en juicio: Hemos dicho que los instrumentos públicos son los autorizados por el competente funcionario con las solemnidades legales. Con frecuencia estos documentos, por su excepcional importancia, se extienden en una matriz que constituye el original del documento, directamente firmado por las partes. La utilidad de que se extiendan en una matriz es que con posterioridad pueden obtenerse tantas copias de ellas cuantas sean las necesarias. Las copias de los instrumentos públicos tienen requisitos especiales, previstos en los art 421 a 425 CPC, entre ellas se cuentan el que deben ser otorgadas por el notario autorizante, por el que lo subroga o suceda legalmente

o por el archivero judicial (art 421 COT) y en ellas deberá expresarse que “SON FIELES DEL ORIGINAL”, y llevarán fecha, firma y sello del funcionario autorizado (art 442 COT).

Pese a que para que un instrumento público se le tenga como tal debe observar todas las solemnidades que le son propias, inclusive las que rigen para sus copias, el CPC autoriza que se tenga como instrumento público en juicio a un documento cuya copia no reúne todas las condiciones que la ley exige. Así lo permite el art 342 CPC, que establece: “serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que les dan ese carácter:

- Los instrumentos originales.
- Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriben para que hagan fe respecto de toda persona, o al menos, de aquella en contra de quien se hacen valer.
- Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los 13 días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas.
- Las copias que objetadas en el caso del nº 1 anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria.
- Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el nº anterior.
- Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada (ver Ley 20.217 Diario Oficial 12 Noviembre 2007)”

7.4. El cotejo de instrumentos: Consiste en la diligencia judicial destinada a comparar la copia simple de un instrumento acompañado en parte de prueba con el documento original o con una copia que haga fe respecto de la contraria y efectuada por funcionario competente.

El cotejo de instrumentos surge de lo contemplado en el nº 4 del art 342 CPC y no debe confundirse ésta operación con el *cotejo de letras*, de que trata el art 350 CPC, y al que haremos referencia más adelante.

7.5. La copia autorizada de escritura pública, como título ejecutivo: Intercalamos, en este momento, una cuestión interesante que suscita el tema de las copias. Se trata de las copias autorizadas de escritura públicas que según el nº 2 del art 434 CPC constituyen título ejecutivo. Conforme a lo dicho más arriba, para que la copia de la escritura pública tenga mérito ejecutivo es necesario que reúna todas las condiciones formales que el COT establece sobre el punto, indicadas en los art 421 y 422 COT.

Ha sucedido que algunas ejecuciones se han iniciado con copias que no son fieles del original, o bien, que no vienen autorizadas por el notario otorgante o por el que los subroga legalmente o el que lo sucede, únicos ministros de fe en condiciones de refrendar que la copia que tienen a la vista coincide con la matriz original, ya que en algunos de los

nombrados habrá de estar el respectivo protocolo; en estos casos el ejecutado podrá deducir la excepción que contempla el nº 7 del art 464 CPC, esto es, la falta de alguno de los requisitos o condiciones para que el título tenga fuerza ejecutiva sea absolutamente sea con relación al demandado.

De prosperar esta excepción no existe inconveniente que el ejecutante puede renovar la acción ejecutiva en contra del ejecutado, y ello con arreglo al art 477, ya que se ha estimado que esta deficiencia formal en la copia queda cubierta por la hipótesis de "falta de oportunidad en la ejecución", de que trata el art 477 recién indicado.

Compruébese con esto que la "falta de oportunidad en la ejecución" no es una cuestión que mira exclusivamente a aspectos temporales o a una inexigibilidad de la obligación sometida a cobro sino que también alcanza a deficiencias formales del título, susceptibles de subsanación

7.6. Instrumentos públicos otorgados en el extranjero:

a) Legalización: Es el procedimiento destinado a establecer el carácter público y la autenticidad de un documento público otorgada en el extranjero.

b) Forma de legalizar: La materia se encuentra regulada en el art 345 CPC.

Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el **carácter público** y **la verdad de las firmas** de las personas que los han autorizado (autenticidad), atestiguadas ambas circunstancias, por los funcionarios que según las leyes o las prácticas de cada país deban acreditarlas.

La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile, por alguno de estos medios:

a) El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores (Art 345 nº 1).

Comentarios:
- Nótese que el funcionario que interviene directamente en el otorgamiento del documento no es un agente diplomático o consular chileno.
- El agente diplomático o consular chileno interviene para refrendar la firma manuscrita por el ministro de fe actuante en el caso.

- Para cerciorarse de la autenticidad de la firma del agente diplomático o consular chileno, que refrenda la firma de un tercero, es necesario que intervenga el Ministerio de RREE para hacer fe sobre esto último.

b) El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del ministerio de RREE del país a que pertenezca el agente o del ministro diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de RREE de la República en ambos casos.

Comentarios:
- En este caso no hay agente diplomático o consular chileno en el país donde el instrumento se otorgó.
- Esta carencia se suple con un funcionario diplomático o consular de una nación amiga.
- La autenticidad del agente diplomático o consular de la nación amiga se acredita de una de estas 2 formas:
  - Por el Ministerio de RREE a que pertenezca el agente diplomático o consular.
  - Por el Ministro diplomático de dicho país en Chile.
- En cualquiera de los 2 casos anteriores nuevamente deberá intervenir el ministerio de RREE chileno (Art 345 nº 2).

c) El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de RREE de la República.

Comentarios:
- En este caso el trámite de legalización principia y termina en Chile, sin intermediarios, a diferencia de los casos anteriores

10.7. ¿Cuándo no se requiere de una legalización?: En todas las hipótesis del art 345 se comprueba que el funcionario actuante no es actuante en el otorgamiento mismo del documento, no es un agente diplomático o consular chileno. En efecto, quien interviene es un ministro de fe que en la realidad local o doméstica del país de donde procede el documento interviene con dicho fin, correspondiéndole al agente diplomático o consular chileno refrendar la firma del ministro de fe actuante.

Para evitar el trámite de la legalización los interesados pueden acudir, si está a su alcance al agente diplomático o consular chileno acreditado en el extranjero, ya que teniendo estos últimos la calidad de ministros de fe determinan que el instrumento otorgado en el extranjero se le tenga como público.

10.8. Precisión conceptual: Es frecuente que en los trámites notariales se ocupe la palabra “LEGALIZAR”, aludiendo con ella al acto jurídico por el cual el ministro de fe autentifica un acto. En sentido técnico en cambio, la palabra legalizar tiene un significado

preciso y consiste en establecer el carácter público y la autenticidad de un documento otorgado en el extranjero.

En consecuencia en lenguaje profesional debe eliminarse la expresión “legalizar” y emplearse la que corresponde, a saber “autorizar”.

10.9. Manera de acompañar los documentos públicos: Los documentos públicos en juicio se acompañan CON CITACIÖN. No existe una norma legal que así lo diga expresamente; pero a esa conclusión se arriba mediante la interpretación armónica de los art. 346 nº 3, 795 nº 5 y 800 nº 2 CPC.

En efecto los art 795 nº 5 y 800 nº 2 CPC establecen como trámites o diligencias esenciales la agregación de los documentos: “CON CITACIÓN O BAJO EL APERCIBIMIENTO LEGAL QUE CORRESPONDA” de lo cual resulta que sólo hay 2 formas alternas de acompañar documentos. Ahora bien, en el CPC existe sólo una norma que hace referencia a la agregación de los documentos bajo apercibimiento legal, se trata del art. 346 nº 3 CPC.

La norma arriba señalada (346 nº 3) se refiere a los instrumentos PRIVADOS QUE EMANAN DE LA PARTE CONTRARIA, por lo tanto sólo esta clase de documentos se agregan bajo el apercibimiento de tenerlos por reconocidos en el evento de que no se alegue su falsedad o falta de integridad.

De cuanto se lleva dicho se concluye que para determinar el modo como se acompañan los instrumentos públicos debe razonarse por descarte, o sea, todos los documentos públicos, e incluso los privados, que no emanen de la parte contraria se acompañan CON CITACIÖN, ya que el único reducto en el que opera el apercibimiento que comentamos es por referencia a los INSTRUMENTOS PRIVADOS QUE EMANAN DE LA PARTE CONTRARIA. Ej: Una escritura pública, un testamento, un certificado de nacimiento: Se acompañan con citación.

Un certificado emanado de una ISAPRE, AFP, un Hospital, etc: Se acompañan con citación.

Una carta escrita por la contraparte, un contrato de trabajo en juicio laboral, etc: Se acompañan bajo apercibimiento de tenerlos por reconocidos si nada se dice sobre su autenticidad o integridad dentro de sexto día.

Compruébese que en los ejemplos anteriores se procedió por descarte ya que en los 2 primeros casos estamos frente a instrumentos públicos, o bien frente a instrumentos privados que no emanan de la parte contraria. Sólo en el tercer caso es posible hacer operar el apercibimiento de que trata el art 346 nº 3, ya que el destinatario de la conminación está en condiciones de pronunciarse acerca de su autenticidad, es decir, si emanó o no de ella.

En suma los instrumentos públicos en juicio se acompañan con citación no por precepto sino que "por defecto", ya que los únicos que se acompañan bajo apercibimiento legal son los instrumentos privados que emanan de la parte contraria.

10.10. Valor probatorio de un instrumento público: Debe aquí considerarse el art 1700 CC. De esta norma resultan las siguientes conclusiones:

El instrumento público hace plena prueba respecto de:
- El hecho de haberse otorgado
- La fecha del instrumento
- El hecho de que en el instrumento se hicieron declaraciones

Ahora en cuanto a la verdad de las declaraciones hechas en el instrumento público se imponen ciertas precisiones, relativas a las estipulaciones dispositivas y las meramente enunciativas:

a) Estipulaciones Dispositivas: Es la parte del instrumento en que se deja constancia de los elementos esenciales del acto jurídico que constituyen, por así decirlo, el núcleo del documento. Tal es, por ejemplo, el consentimiento de las partes sobre el precio y la cosa en el contrato de compraventa.

b) Estipulaciones simplemente enunciativas: Son las que constituyen elementos orbitales, de contexto, coyunturales, meramente expositivos en un acto o contrato. Tal es el caso, por ejemplo, del domicilio, profesión o estado civil de los otorgantes.

a.1. Valor probatorio de las estipulaciones dispositivas: Es necesario en esta materia Subdistinguir entre partes y respecto de terceros.

- Entre partes: El art 1700 CC dice que ellas hacen plena fe respecto de las partes otorgantes del instrumento público. Y no es que en este punto la ley esté considerando al instrumento público como auténtico, según pudiera creerse por los similares resultados que de la autenticidad se desprenden. Simplemente ocurre, expresan los autores, que la ley aplica aquí uno de los principios fundamentales de la teoría de la prueba, cual es que lo normal se presume y lo excepcional debe probarse; y siendo normal que las declaraciones vertidas sobre las estipulaciones dispositivas de un documento sean verdaderas y no falsas, la ley entiende que dicha clase de estipulaciones son EN PRINCIPIO verdaderas, sin embargo nada impide que la parte interesada pruebe que lo expresado por él en un documento, aún tratándose de estipulaciones dispositivas no son ciertas o verdaderas.

No se crea entonces que cuando el art 1700 CC establece que sobre la verdad de las declaraciones hechas en el documento hacen plena prueba sobre las partes otorgantes, queda impedido demostrar lo contrario, ya que según hemos visto el art 1700, en esta parte,

está inspirado en el principio de la normalidad o de la regularidad, pero de ningún modo está erigiendo una presunción de derecho que impida la prueba en contrario. La mejor demostración de lo dicho es que:

a) Los instrumentos públicos pueden impugnarse por insinceridad, según veremos más adelante.
b) Porque la única prueba sobre una declaración personal que no admite prueba en contrario es la prueba confesional judicial, según también veremos más adelante.
c) Porque, en fin. Un instrumento público no por estar dotado de ése sólo carácter, no es auténtico per se.

- Respecto de terceros: Las estipulaciones o declaraciones dispositivas se presumen verdaderas respecto de terceros porque la regla del *onus probandi* dice que lo normal se presume y lo anormal necesita acreditarse.

Sin embargo así como las partes directas que concurren al otorgamiento de un instrumento público pueden demostrar la insinceridad del documento, con mayor razón podrán hacerlo las partes indirectas o terceros extraños al juicio.

En abono de esta afirmación concurre el propio art 1700 CC que sobre el particular establece: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados". En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Por lo tanto, a contrario sensu, los terceros pueden argumentar la insinceridad del documento.

Los autores explican que cuando el CC utiliza la expresión: "pero en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados no hace plena fe sino contra los declarantes" NO se está refiriendo al valor probatorio del documento sino al efecto vinculante, es decir, a la ley del contrato o al efecto obligacional que rige respecto de los contratantes, pero de ningún modo a la eficacia probatoria del documento.

Ahora bien, si respecto de los terceros las declaraciones estipulativas deben tenerse por ciertas, dicha conclusión es simplemente una consecuencia de lo normal o habitual en las declaraciones que hacen las partes en el contrato.

b.1. Estipulaciones meramente enunciativas: Aquí se hace necesario distinguir entre:
- Disposiciones enunciativas simples.
- Disposiciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas.

Sobre ellas dice el art 1706 CC: "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato". La razón de este trato jurídico estriba en que la declaración enunciativa relacionada directamente con la declaración dispositiva, está tan ligada a ésta que puede

decirse que con ella se funde. No puede decirse lo mismo en las declaraciones simplemente enunciativas respecto de las cuales no hacen prueba entre partes ni respecto de terceros.

Sin embargo, las declaraciones enunciativas tienen cierto mérito probatorio que resulta de su consideración como confesión extrajudicial o testimonial, según los casos.

Contra la **parte que la emite**, la declaración enunciativa tiene el mérito de una confesión extrajudicial, que en conformidad al art 398 CPC, sólo sirve de base de una presunción judicial; pero si la confesión extrajudicial ha sido prestada a presencia de la parte que la invoca, ella tiene el mérito de presunción grave para acreditar los hechos a que se refiere. En consecuencia, si es alguno de los comparecientes al instrumento público el que invoca la declaración enunciativa de otro, ésta tiene el carácter de presunción grave para acreditar los hechos declarados.

Contra **terceros**, la declaración enunciativa no constituye sino un testimonio irregular, prestado fuera de juicio, dado sin las contra-interrogaciones y formalidades propias de la prueba testimonial y carece, en consecuencia, de mérito probatorio, si bien podría aceptarse como un indicio de una presunción.

Un ejemplo aclarará las ideas vertidas: En un contrato de compraventa entre Pedro y Juan y al que comparece María como cónyuge de Pedro, dando la autorización que la ley exige para la venta de un bien raíz de la Sociedad Conyugal son estipulaciones dispositivas la cláusula del precio, aquella en que se declara vender y aquella otra en que se declara comparar, y es simplemente enunciativa, pero directamente relacionada con una dispositiva la afirmación de María de ser cónyuge de Pedro, ya que está directamente relacionada con una estipulación dispositiva (la venta); y es simplemente enunciativa la cláusula del domicilio.

Con las explicaciones dadas en el punto anterior, vale decir, que la plena fe viene dada por la habitualidad o regularidad de la verdad con que se hacen las afirmaciones diremos que hacen plena fe las siguientes afirmaciones respecto de las partes y de terceros:

a) Estipulación dispositiva: La cláusula en que se dice vender y en que se afirma comprar
b) Estipulación simplemente enunciativa, pero directamente relacionada con una dispositiva: La afirmación de María de estar casada con Pedro en régimen de Sociedad Conyugal. Aserto este que hace plena fe respeto de las partes y de terceros, por mandato del art. 1706
c) Estipulación enunciativa simple: La declaración del domicilio de Pedro, Juan y María. Aserto este que no hace plena fe respecto de las partes ni de terceros.

10.11 Impugnación de los instrumentos públicos:

a) Concepto: Es el acto procesal por medio del cual se procura restar fuerza probatoria al instrumento público.

b) Capítulos de impugnación: Hay 3 causales o capítulos de impugnación, ellos son:

b.1. La nulidad: Es la sanción que recibe el instrumento público cuando le falta a éste alguno de los requisitos que las leyes prescriben para el valor del instrumento mismo. Los requisitos omitidos pueden vincularse al funcionario otorgante o con relación a las formalidades del documento. Pueden invocar la nulidad tanto las partes como los terceros. Conviene precisar, eso sí, que la nulidad del documento no necesariamente apareja la del acto o contrato que contiene. Piénsese, por ejemplo, en un mandato otorgado por escritura pública a la que falta algún requisito legal para que tenga ese carácter (la escritura pública). En este caso la escritura pública será nula, no así el mandato que no necesita constar de escritura pública. El mismo ejemplo puede darse para el contrato de promesa que sólo requiere constar por escrito o con el contrato de compromiso, que también se satisface con la misma solemnidad. No ocurre lo propio, sin embargo, con la compraventa de bienes raíces o una hipoteca en que si decae el documento declina también el acto que contiene.

b.2. La falsedad: La falsedad del instrumento es sinónimo de falta de autenticidad del mismo y un instrumento no es auténtico cuando no ha sido realmente otorgado o autorizado por las personas y de la manera que en él se expresan.

Comentarios:
- Pueden alegar la falsedad de un instrumento público tanto las partes como los terceros.

- En cuanto a los medios de prueba destinados a establecer la falsedad de un instrumento público es necesario distinguir: Si no se trata de una escritura pública, SE PERMITEN TODOS los medios de prueba sin limitaciones (Art. 335 CPC). Si, en cambio se trata de una escritura pública, y su falta de autenticidad se intenta establecer POR MEDIO DE TESTIGOS deben observarse las reglas especiales del art. 429 CPC, vale decir, se requiere de:
    - La concurrencia de 5 testigos.
    - Que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del art 384 CPC (o sea contestes en el hecho y sus circunstancias).
    - Que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento del documento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los SETENTA DÍAS SIGUIENTES.

- La prueba testimonial, de tan rigurosas exigencias, sólo se contemplan cuando se trata de impugnar la AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO ya que debe doblegar la fuerza, potencia, vigor que le imprime la presencia de un ministro de fe, pero no se necesita de tan alto

estándar cuando lo que se intenta impugnar no es la autenticidad sino que LAS DECLARACIONES consignadas en una escritura pública auténtica.

- En otras palabras, para doblegar la presencia de un notario se requiere de 5 testigos, en cambio para cuestionar la verdad de lo expuesto en una escritura pública no se requiere de tan maciza prueba testimonial.

- Inclúyase el inciso 3 del art. 429 CPC como otro argumento de texto para demostrar, en contra de lo que expresa el art. 1700 CC, que las declaraciones contenidas en una escritura pública o instrumento público no hacen PLENA FE en cuanto a su verdad respecto de los otorgantes, ya que esta norma que apuntamos (429 inc 3) explícitamente permite cuestionar su autenticidad.

b.3. Insinceridad: Consiste en la falta de verdad de las declaraciones vertidas en un instrumento público. En cuanto a esta causal de impugnación hay pleno acuerdo en que puede ser invocada por terceros ajenos al documento. En lo que atañe a las partes, y conforme a las reflexiones anteriores, cabe la misma conclusión. Resumimos los motivos de este modo:
- Porque el art 1700 CC no establece una presunción de derecho.
- Porque la frase “no hacen plena fe sino respecto de los otorgantes”, hay consenso que alude únicamente a la fuerza vinculante o ley del contrato entre las partes pero no al valor probatorio.
- Porque la escritura pública es una confesión extrajudicial que, a lo sumo constituye una presunción judicial grave, mas no constituye una confesión judicial, única capaz de no admitir prueba en contrario.
- Porque el instrumento público no es por dicha condición auténtico.
- Porque explícitamente lo permite el art 429 inc 3.
- Porque, en fin la propia ley reconoce la insinceridad como causal de impugnación.
- Porque, para terminar, la propia ley castiga al contrato simulado (Art 471 CP).

11. Los instrumentos privados:

11.1. Concepto: Es aquel que deja constancia de un hecho sin que en su otorgamiento haya intervenido un ministro de fe, pudiendo o no estar dotado de solemnidades legales. La letra de cambio, el pagaré y el cheque son instrumentos privados, sin embargo tienen solemnidades legales, circunstancia que no los transforma en públicos.

11. 2.Consecuencia: Dado que en el otorgamiento de un instrumento privado no participa un ministro de fe que presencie a las personas que lo otorgan y las declaraciones que formulan, no puede decirse, inicialmente, que el documento privado esté dotado de autenticidad. Con todo, la autenticidad de que en principio carece un instrumento privado, puede llegar a adquirirla, si para ello opera un reconocimiento posterior expreso o tácito, según veremos, por parte de su otorgante

11.3. De cuando los instrumentos privados se tienen por reconocidos: La materia está reglada en el art 346 CPC, de este modo:"los instrumentos privados se tendrán por reconocidos"

a) Reconocimiento judicial expreso (Art 346 nº 1): Cuando así lo ha declarado en el juicio, explícitamente, la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer, siendo su otorgante

b) Reconocimiento extrajudicial expreso (Art 346 nº 2): Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso.

c) Reconocimiento judicial tácito (Art 346 nº 3): Cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los 6 días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal para este efecto APERCIBIR (Art 795 nº 2; 800 nº 2 y 346 nº 3) a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo.

Comentarios: Recordamos que en función de esta norma se hace el razonamiento por descarte para determinar que el modo como se agregan los instrumentos al juicio, siendo con citación la regla general, y por excepción será bajo apercibimiento, supuesto que se trate de un instrumento privado que emane de la parte contraria.

d) Reconocimiento judicial (Art 346 nº 4): Cuando se declare la autenticidad del documento por resolución judicial.

11.4. Manera de acompañar los instrumentos privados al juicio: Hay que distinguir:
a) Si el instrumento emana de la parte quien la cual se hace valer: Se acompaña bajo el apercibimiento legal del art 346 nº 3. Esto es obvio, ya que sólo el sujeto de quien presuntamente emana un documento privado es el único capaz de encarar la cuestión relativa a la autenticidad del documento.

b) Si el instrumento privado emana de un tercero o incluso de la misma parte que lo presenta: El documento se acompaña con citación, como consecuencia del descarte tantas veces referido.

c) Ahora bien, si el instrumento privado emana de un tercero nada impide que la parte interesada en que se reconozca su autenticidad cite a ese tercero a juicio, en calidad de testigo, para interrogarlo sobre si emanó o no de él el documento en cuestión, y en caso de haber reconocimiento explícito de su autoría, el documento ganará en autenticidad merced a la declaración del testigo.

11.5. Valor probatorio de los instrumentos privados: Para hablar del valor probatorio de los instrumentos privados es necesario colocarse en 2 situaciones:

1. Si el instrumento ha sido reconocido: Conforme al art 1702 CC, el instrumento privado que ha sido reconocido tiene el VALOR de escritura pública, respecto de los que aparecen o se reputan haberlos suscrito y de las demás personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.

Ahora bien, en cuanto a la fecha de un instrumento privado puede añadirse que se cuenta, inequívocamente, desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que se ha copiado algún registro público, o desde que se lo presenta en juicio, o desde que se haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal, o desde que haya sido PROTOCOLIZADO (art 1703 CC y 419 COT).

* Cuando el art 1702 CC dice que el instrumento privado RECONOCIDO tiene el valor de escritura pública, no quiere significar con ello que el instrumento mude de naturaleza y adquiera las formalidades propias de un instrumento público, tan solo se sirve de un lenguaje analógico para resaltar que el instrumento privado reconocido gana, merced al reconocimiento, la autenticidad de que inicialmente está desprovisto, equiparándose solo en esto (la autenticidad) a la escritura pública.

2. Instrumento privado no reconocido: El instrumento privado no reconocido **carece de valor probatorio**, ya que no puede atribuirse a nadie desde que a su respecto no ha habido reconocimiento.

11.6. Impugnación de un instrumento privado: Un instrumento privado se puede impugnar por falsedad, falta de integridad o por insinceridad.

a) Por falsedad: Esto ocurrirá cuando se ponga en duda la autenticidad de un documento.

Las pruebas que se admiten en un incidente de autenticidad son todas las que se autorizan para la prueba de fraude (art 355 CPC), y en especial el cotejo de letras (art 350 CPC). El cotejo de letras es la diligencia probatoria llevada acabo mediante peritos (art 350 inc 2º CPC) destinada a confrontar la letra puesta en un instrumento privado cuya autenticidad se discute, con otra puesta en un instrumento privado cuya letra nadie duda, a fin de establecer la autenticidad del primero. Para efectuar el cotejo de letras se considerarán como indubitados:

1. Los instrumentos que las partes, de común acuerdo, acepten como tales.
2. Los instrumentos públicos no tachados de apócrifos o suplantados y
3. Los instrumentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en conformidad a los números 1 y 2 del art 346 CPC (art 352 CPC)

b) Por falta de integridad: Consiste en que un instrumento privado es incompleto. Para este caso, se admiten todos los medios probatorios.

c) Por insinceridad: Consiste en que no sean ciertas las declaraciones hechas en el instrumento privado y para demostrarlo se admiten todos los medios de prueba.

Los instrumentos electrónicos (art 348 bis CPC)

Rendición de la prueba que consiste en documentos o instrumentos electrónicos:

1.- Para rendir la prueba que consista en un documento electrónico el tribunal cita para el sexto día a todas las partes a una audiencia de PERCEPCIÓN DOCUMENTAL. Es la parte interesada en la rendición de este tipo de prueba la que debe proveer los medios técnicos electrónicos para su adecuada percepción. El tribunal apercibirá a la parte que presentó el documento electrónico con tenerlo por no presentado de no concurrir a la audiencia de percepción documental con los medios técnicos idóneos (art 348 inc 1º bis CPC)

2.- Tratándose de documentos que no puedan ser trasladados al tribunal, la audiencia tendrá lugar donde estos se encuentren, a costa de la parte que los presenta (art 348 inc 2º bis CPC).

3.- En caso que el documento sea objetado, el tribunal podrá ordenar una **prueba complementaria de autenticidad**, a costa de la parte que formula la impugnación. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad será suficiente para tener por reconocido o por objetado el documento, según corresponda.

4.- La prueba complementaria de autenticidad se llevará a cabo por **peritos**.

5.- En el caso de documentos electrónicos privados para los efectos del art 346 nº 3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción. Es decir, a partir de dicho momento correrá el plazo de los 6 días de que trata el art 346 nº 3 CPC para impugnar el documento por falta de integridad o de autenticidad, generando la denominada "prueba complementaria de autenticidad" de que trata el art 348 inc 3º bis CPC

6.- La Firma Electrónica: Se entiende, en general, por firma electrónica, cualquier código informático que permita vincular o identificar a una persona con un documento determinado.

La forma más común es una contraseña o *password* para acceder a una red de intercambio de información. Puede consistir en ingresar a un computador el nombre propio

o el número de Rut. Incluso se ha estimado como tal insertar en un mensaje de correo electrónico el nombre de quién lo envía.

La firma electrónica antes descrita solo permite una vinculación formal y no muy segura, por cuanto nadie puede garantizar que quien está enviando el mensaje es efectivamente el titular de esa firma.

7.- La firma digital: Es una especie de firma electrónica que resulta de un proceso informático validado e implementado a través de un sistema criptográfico asimétrico de dos claves, que permite determinar la autenticidad del documento electrónico y su integridad.

8.- La Ley 19.799 sobre firma electrónica: Reconoce de alguna manera la distinción entre firma electrónica y firma digital, aunque utiliza una nomenclatura distinta, a saber:

a) Firma electrónica (simple).
b) Firma electrónica avanzada.

9.- La encriptación o criptografía:

9.1. Concepto: Es la técnica basada en un sistema (hoy se utilizan algoritmos matemáticos) que transforma un mensaje legible a su equivalente en un formato ilegible para cualquier usuario que no cuente con la clave secreta para descifrarlo.

"Encriptar" consiste en sustituir los elementos (letras o palabras) de un texto legible por un conjunto de caracteres (letras, números o símbolos) que resultarán incomprensibles para cualquier persona que no sepa o no tenga la clave necesaria para re-convertirlos en el texto original.

9.2. Encriptación simétrica y asimétrica: La criptografía simétrica utiliza una misma clave para encriptar y para desencriptar (como ocurre con el teclado de los aparatos de telefonía). La criptografía asimétrica utiliza una clave para encriptar y otra clave distinta para desencriptar (como ocurre con la firma electrónica avanzada de la ley 19.799)

10.- Forma de operar: La criptografía asimétrica utiliza dos claves: la clave privada y la calve pública. De este modo, y sirviéndonos de un ejemplo, si Juan envía a Pedro un mensaje, deberá firmarlo o encriptarlo con su clave privada. Recibido el mensaje por Pedro, éste deberá desencriptarlo con la clave pública de Juan.

11.- Firma digital o avanzada: El sistema de firma digital supone la utilización de dos claves, una privada y una pública. Ambas claves están matemáticamente vinculadas, pero no es posible derivar una desde la otra (como ocurre con la criptografía simétrica).

Estas claves son proporcionadas por un agente externo, un tercero confiable, que además certifica la vinculación de esas claves con una persona determinada. A modo de ejemplo pueden señalarse los siguientes prestadores de servicios de certificación: www.ecertchile.cl; www.e-sign.cl; y www.certinet.cl.

La certificación electrónica es un procedimiento digital en virtud del cual una entidad certificadora privada o pública emite un mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma.

Cuando la entidad certificadora nos otorga la clave privada, esta debe custodiarse e impedir su acceso a otra persona. Normalmente se almacena en un dispositivo *hardware*, como el disco duro del computador, u otro dispositivo portátil, como un *token*, una tarjeta inteligente o un *pendrive*.

La clave pública permanece "*on line*" en el sitio de la entidad certificadora, sin perjuicio que puede ser enviada directamente al receptor del mensaje. Para asegurar la confianza en el sistema, a los mensajes se agrega un certificado digital, emitido por la compañía que ha elaborado las claves públicas y privadas, y que permite acreditar que la referida clave pública y privada pertenece a la persona que está enviando el mensaje.

Lo que se encripta con clave privada solo puede desencriptarse con clave pública y a la inversa, lo que se encripta con clave pública se desencripta con privada. El emisor solamente puede encriptar, pero no desencriptar. El receptor solamente puede desencriptar el mensaje, pero no encriptarlo.

12.- Valor probatorio de los documentos electrónicos: Distingamos:

12.1. Documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público:

a) Deben subscribirse mediante firma electrónica avanzada, es decir, aquella que implique el uso de criptografía asimétrica, o sea, el uso de claves públicas y privadas provistas por un certificador de firma electrónica.

b) Extendidos de la forma antes dicha, tendrán el valor probatorio de un instrumento público, lo anterior equivale a decir: Que hacen plena fe, incluso respecto de terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha. En cuanto a la verdad de las declaraciones, solo hacen plena fe respecto de quienes lo otorgaron. Recuérdese que, atendida la naturaleza de confesión extrajudicial que entraña las afirmaciones contenidas en un instrumento público, el valor probatorio de este último se traduce en una presunción judicial grave que puede constituir prueba completa si reúne el requisito de precisión, en los términos señalados por el inciso segundo del art 426 CPC.

12.2. Documentos electrónicos privados:

1. Si se subscriben mediante firma electrónica avanzada: Tienen el mismo valor probatorio que las reglas generales de la prueba asignan a los instrumentos públicos.

En estos casos no será necesario realizar el trámite del reconocimiento del instrumento privado (art 346 CPC) para que tengan valor.

Para que hagan fe respecto de su fecha se requiere que cuente con un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

2. Si se subscriben mediante firma electrónica simple: Para que tengan valor probatorio deberán sujetarse a las reglas generales del art 346 CPC (reconocimiento).

13.- Fuente de la materia: Láminas *Power Point*, profesor Luis Felipe Peuriot Canterini, magíster en derecho (*Legum Magister*) Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso.

12.- La prueba testimonial:

12.1. Concepto: Consiste en la declaración que hacen personas o terceros extraños al juicio, que reúnen las condiciones exigidas por la ley y que deponen acerca de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que fija el tribunal.

12.2. Reglas de admisibilidad de la prueba testimonial: La regla general es que la prueba testimonial se admite para acreditar cualquier hecho material. Sin embargo, la ley sustantiva ha impuesto ciertas limitaciones respecto de las obligaciones que deben constar por escrito, y que se sujetan a las siguientes reglas:

a) No se admite la prueba de testigos respecto de obligaciones que deben constar por escrito (contrato de promesa, compraventa de bienes raíces, mandato judicial, etc). Art 1708 CC.

b) Deben constar por escrito los actos y contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 UTM.

c) Tampoco se admite la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la referida suma.

d) Estas limitaciones sol origen para la prueba de las obligaciones contenidas en actos o contratos y no así respecto de las demás fuentes de las obligaciones

e) Exceptúanse de las anteriores regla sobre admisibilidad de la prueba de destino los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso, o los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, Y LOS DEMÁS EXCEPTUADOS POR LA LEY.

f) Entorno a los casos exceptuados por la ley debe tenerse presente que en materia de actos de comercio (art 3 CCO) no rigen estas limitaciones, y por lo tanto podrá haber prueba testimonial respecto de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 unidades tributarias. Solo a modo de indicar los hitos más salientes que diferencian al derecho comercial del derecho civil, recuérdese que en el primero la prescripción extintiva es de 4 años y en el 2º caso es de 5. Téngase encuentra, además que en los actos en que interviene un comerciante pueden ser mixtos en cuanto sean actos de comercio para el comerciante (art 3 CCO) y civiles para quién contrata con él.

12.3. Iniciativa de la prueba testimonial: Lo corriente es que las partes tengan la iniciativa probatoria. Sin embargo, el art 159 nº 5 CPC, permite al tribunal, como medida para mejor resolver la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio para que aclaren o explique sus dichos oscuros o contradictorios.

Nótese que esta medida para mejor resolver es para aclarar las dudas que deja la prueba rendida, y no para rendir prueba sobre una arista o elemento no cubierto por la prueba de las partes.

12.4. Oportunidad: Se hace necesario distinguir:

a) En primera instancia: Esta clase de prueba solo puede rendirse DENTRO del término probatorio (art 340 inc 1º CPC), sea ordinario, extraordinario o especial.

b) * En segunda instancia: La prueba testimonial será admitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:

b.1. Que no se haya podido rendir en primera instancia.
b.2. Que se refiera a hechos que no figuren en la prueba rendida.
b.3. Que el tribunal estime estos hechos como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.

12.5. Los testigos:

1. Concepto: Son personas extrañas al juicio que declaran sobre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos del mismo.

2. Clasificación: Advertimos que la clasificación que sigue tiene importancia para el diverso valor probatorio de los testigos. De este modo:

a) Según la forma como se imponen de los hechos

a.1. Testigo presencial: Es el que conoce de los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos.
a.2. Testigo de oídas: Es el que se impone de los hechos por los dichos de otras personas. No es que escuche los hechos mismos, sino sería testigo presencial; al contrario, los percibe por referencia de otro.

a.3. Testigo instrumental: Es aquel que ha concurrido en dicha calidad al otorgamiento de un instrumento que deja constancia del hecho de que se trata, por ejemplo, en el caso del testamento, o en el caso del matrimonio civil

b)Según los aspectos en que coinciden sus declaraciones:

b.1. Testigos contestes: Son aquellos que están de acuerdo en el hecho y en sus circunstancias esenciales.

b.2. Testigos: Son aquellos que están de acuerdo en el hecho pero difieren en sus circunstancias esenciales.

c) Según la habilidad para deponer un juicio:

c.1. Testigo hábil: Es aquel respecto de quien no concurren ciertas circunstancias que le impiden declarar en juicio o hacer sospechosa su declaración.

c.2. Testigo inhábil: Es aquel respecto de quien concurren ciertas circunstancias llamadas causales de inhabilidad, que impiden recibir el testimonio o lo hacen sospechoso por falta de objetividad.

Una de las grandes diferencias que existe entre el sistema probatorio civil con el penal es que en este segundo no existen los testigos inhábiles, pudiendo las partes dirigir preguntas a los testigos para restarle valor o fuerza de convicción a su testimonio en razón de algún vínculo con el respectivo interviniente que le reste objetividad.

12.6. Habilidad para ser testigo: Es la aptitud o idoneidad para declarar en juicio.

12.7. Clasificación de las inhabilidades: Cuando un testigo carece de idoneidad del juicio para declarar en juicio, estamos en presencia de un testigo inhábil, la ley señala las causales de la inhabilidad, pudiendo estas ser absolutas o relativas:

a) Son absolutas: Aquellas que impiden a una persona declarar como testigo en cualquier juicio. Se fundan en la incapacidad para percibir los hecho sobre que declara o en su falta de probidad. A ellas se refiere el art 357 CPC:

b) Son relativas: Aquellas que impiden a un testigo declarar en juicio determinado. Se funda en la falta de imparcialidad de testigo por los especiales vínculos que lo unen con la parte que los presenta. A ella se refiere el art 358 CPC.

12.8. Formas de reclamar la inhabilidad de un testigo: La manera de impedir la declaración de un testigo se obtiene mediante la formulación de la correspondiente **tacha**, fundada en alguna de las causales que la ley señala. Las tachas deben formularse ANTES del inicio de la declaración del testigo.

12.9. Las tachas:

1. Concepto: Es el medio procesal que la ley franquea a las partes para que puedan hacer efectivas las causales de inhabilidad, absolutas o relativas, en contra de los testigos.

2. Oportunidad: Hay que distinguir:

a) Respecto de los testigos que figuran en la nómina a que hace referencia el art 320 CPC (o sea la lista de testigos): Estos deben ser inhabilitados antes de que presten declaración (art 373 CPC)

b) Testigos del art 372 inc 2º CPC: Pueden oponerse las tachas hasta los 3 días hábiles subsiguientes ala declaración de tal testigo.

3. Efecto de la oposición de la tacha*:

a) La oposición de la tacha no impide que el testigo declare (art 375 CPC).
b) Lo anterior, sin embargo, es sin perjuicio que la parte que presenta al testigo lo retire y omita su declaración, reemplazándola por la de otro testigo hábil (art 374 CPC).
c) Tampoco obsta a que el tribunal, de oficio, repela a los testigos notoriamente comprendidos en alguna de las causales del art 357 CPC.

4. Tramitación de las tachas*:

a) Las tachas se tramitan como **incidentes**
b) Las tachas se recibirán a prueba cuando el tribunal lo estime necesario. De allí que la resolución que ordena recibir la tacha a prueba sea **inapelable**. La prueba de la tacha se rendirá dentro del término probatorio concedido para la cuestión principal; pero si éste está vencido o lo que reste de él no sea suficiente, se ampliará el término para el solo efecto de

rendir la prueba de las tachas hasta completar 10 días, pudiendo además solicitarse el aumento extraordinario que concede el art 329 en los casos a que se refiere el art 376 CPC.
c) Tacha de tachas: Para demostrar la inhabilidad de los testigos tachados la parte puede ofrecer en el incidente de tachas prueba de testigos. La contraparte, por su lado, no puede ofrecer prueba de testigos para inhabilitar a los que declaren en el incidente. Lo anterior no obsta a que el tribunal acepte otros medios de prueba, sin abrir término especial (art 376 CPC)
**d) ***La legalidad de las tachas y su comprobación se apreciará y resolverá en la sentencia definitiva (art 379 inc 2º CPC). Esto demuestra que en el texto que soporta a la sentencia definitiva vienen también resueltas cuestiones que no constituyen el asunto controvertido, cuyo es el caso del fallo de las tachas, que tiene naturaleza de sentencia interlocutoria. A este fenómeno de conjugación entre sentencia definitiva y sentencia interlocutoria, en un mismo texto escrito se le llama INTEGRACIÓN de la sentencia.

5. Compensación de tachas: La compensación de tachas opera solo respecto de las inhabilidades relativas, y tiene lugar cuando la parte en cuyo favor se hayan establecidas, presente como testigos a las mismas personas a quienes podrían afectar dichas tachas (art 358 CPC). Un ejemplo sería que el demandante ofrezca como testigo a su hermano y que igual ofrecimiento hiciera el demandado, compensándose la tacha que obra a favor del segundo.

12.10. Obligaciones de los testigos: Tres son las obligaciones de los testigos:

a) Concurrir a declarar.
b) Declarar.
c) Decir la verdad.

a) Concurrir a declarar:

- Fuente legal: Art 359 inc 1º CPC.

- Excepción: Hay ciertas personas exentas de la obligación de concurrir a declarar. Aparecen mencionadas en los art 361 y 362 CPC.

- Manera de declarar de las personas exceptuadas: Hay que distinguir

- **Si se trata de las personas indicadas en el art 361 CPC:** Estos sujetos declaran en el domicilio que fijen dentro del territorio jurisdiccional del tribunal.
- **Si se trata de las personas indicadas en el art 362 CPC:** Estas personas declaran mediante informe, SI CONSINTIERON EN ELLO VOLUNTARIAMENTE.

- Sanción: El testigo que se niegue a concurrir a declarar podrá ser compelido a ello valiéndose el tribunal de multas y arrestos (art 238 y 380 CPC).

b) Declarar

- Fuente legal: Art 359 CPC.

- Excepción: Las personas indicadas en el art 360 CPC.

- Sanción: Existe una sanción penal, constitutiva de una falta, contemplada en el art 494 nº 12 CP. Lo anterior es sin perjuicio del apercibimiento del art 238 y 380 CPC.

c) Decir la verdad:

- Fuente legal: No tiene fuente expresa. Fluye de diversas disposiciones legales, particularmente las que castigan el delito de falso testimonio.

- Excepción: No tiene excepciones.

- Sanción: El art 209 CP castiga el delito de falso testimonio en causa civil.

12.11. Forma de rendir la prueba testimonial*: En materia de ritualidad de la prueba testimonial, se acostumbra a distinguir en formalidades anteriores, coetáneas y posteriores a la prueba de testigos. Veamos:

a) Formalidades Anteriores:

1. Presentación de minuta de puntos de prueba y nómina de testigos:

- Oportunidad: La oportunidad para presentar la minuta de puntos de prueba y la nómina de testigos se sujeta a las siguientes reglas, a saber:

- Si no se pide reposición del auto de prueba: En este caos el plazo para presentar la minuta de puntos de prueba y la nómina de testigos implicará un lapso que corre desde la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba y hasta el 5º día hábil siguiente a la última notificación del auto de prueba. Es decir, si litigan dos partes el plazo será de cinco días contados desde la última notificación que se haga del auto de prueba. Si hay litisconsorcio, activo o pasivo, el plazo será de cinco días después de la última notificación de las partes litigantes.

- Si hubo reposición del auto de prueba: En este caso el plazo para presentar la minuta de puntos de prueba y la nómina de testigos será de cinco días siguientes a la notificación por el estado diario de la resolución que se pronuncie sobre la última solicitud de reposición (art 320 inc 1º CPC)

Si habiéndose pedido reposición ya se hubiese presentado lista de testigos y minuta de puntos de prueba por alguna de las partes, no será necesario presentar nuevas listas ni minuta, salvo que como consecuencia de haberse acogido el recurso, la parte que las presenta estime pertinente modificarlas (320 inc 3º). Esto es obvio, ya que si la reposición se encamina a agregar nuevos hechos y el recurso resulta acogido, resulta plausible permitir al que dedujo ese remedio sumar hechos a la minuta de puntos de prueba y personas a la lista de testigos, si lo cree del caso.

La minuta de puntos de prueba consiste en un listado de preguntas que desarrolla, especifica, detalla los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal. Pese a que el código se expresa en términos imperativos al ordenar la presentación de la minuta de puntos de prueba, se ha fallado que ésta consiste en una facilidad conferida a la parte que desea rendir prueba testimonial, de modo que puede renunciar a ella e interrogar, espontáneamente, a los testigos al tenor de los hechos genéricos, sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal. No ocurre lo mismo respecto de la nómina de testigos ya que solo se interrogará a los que figuren en dicha lista (art 372 inc 2º CPC). Con todo, el tribunal podrá admitir otros testigos en casos muy calificados, y jurando la parte que no tuvo conocimiento de ello al tiempo de formular la nómina (art 372 inc 3º CPC).

2. Tribunal ante el que se rinde la prueba: En principio el tribunal que recibe la prueba testimonial es el mismo que conoce del juicio. Sin embargo, si han de declarar testigos que residan fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, se practicará su examen por el tribunal que corresponda, vía exhorto, a quién se remitirá copia de los puntos fijados (art 371 CPC).

3. Fijación de las audiencias de prueba: El tribunal atendido el número de los testigos y de los puntos de prueba, señalará una o más audiencias para el examen de los que se encuentren en la comuna del tribunal (art 369 CPC).

4. Citación de los testigos: Es el acto por el cual se convoca al testigo a la presencia judicial. Se practica personalmente o por cédula (art 56 y 380 CPC), por medio de receptor, bajo los apercibimientos de los art 238 y 380 CPC.

b) Formalidades Coetáneas:

1. Debe tomarse juramento (art 62 y 363 CPC).

2. Los testigos serán examinados separada y sucesivamente (art 364 CPC).

3. Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros (art 365 CPC).

4. Las preguntas versarán sobre los datos necesarios para establecer si existen causas que inhabiliten al testigo para declarar.

5. Cada parte tendrá derecho a dirigir por conducto del juez las interrogaciones que estime conducentes, con el objeto de establecer las causales de inhabilidad legal que puedan oponerse a los testigos, así como también para que éstos rectifiquen, esclarezcan o precisen los hechos sobre que declaran (art 366 CPC).

6. Los testigos deberán responder de manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por qué afirman los hechos aseverados y no se les permitirá llevar escrita su declaración (art 367 CPC).

7. La declaración constituye un solo acto que no puede interrumpirse sino por causas graves y urgentes.

8. Serán admitidos a declarar hasta 6 testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse (art 372 inc 1º CPC).

c) Formalidades Posteriores: De todo lo actuado se levanta un acta, las declaraciones del testigo serán leídas por el receptor, luego de lo cual se ratifican por el testigo, el acta que las contiene se firma por el juez, el declarante y las partes, autorizándolas el receptor (art 370 CPC).

12.12. Valor probatorio de la prueba testimonial:

a) Distingo inicial: Al apreciar el valor probatorio de la declaración de testigos habremos de distinguir si se trata de testigos presenciales o de testigos de oídas.

En el primer caso habrá que subdistinguir si se trata de un testigo o de más de un testigo, y en cualquiera de estos eventos, si las declaraciones de aquel o éstos aparecen contradichas por pruebas que no sean la testimonial, o bien, por prueba de ésta última índole. En todos los casos, además, habremos de tener presente si estamos en presencia de la declaración de un menor de 14 años, con o sin discernimiento suficiente.

b) Cuadro de preceptos:

1. Si los testigos son de oídas: Se aplica el art 383 CPC.

2. Si los testigos son presenciales y se trata de un testigo: Se aplica el art 384 nº 1 CPC. Si son **más de un testigo** se aplica el art 384 nº 2 CPC.

3. Si las declaraciones testimóniales pugnan con otras pruebas que no sean la testimonial: Se aplica el art 384 nº 2 CPC.

4. Si las declaraciones testimoniales pugnan con las declaraciones de otros testigos: Se aplican las reglas del art 384 nº 3, 4, 5 y 6 CPC.

c) Aplicación práctica:

1. Si los testigos son de oídas: Los testimonios de oídas, esto es de testigos que relatan hechos que no han presenciado por sus propios sentidos y que solo conocen por el dicho de otras personas, únicamente podrán estimarse como BASE DE UNA PRESUNCIÓN JUDICIAL. Sin embargo, es válido el testimonio de oídas cuando el testimonio se refiere a lo que oyó decir a alguna de las PARTES, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata (art 383 CPC).

2. Si son testigos presenciales:

2.1. Y se trata de un testigo: La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al art 426 CPC (art 384 nº 1). Por su lado, el art 426 CPC establece que una sola presunción puede constituir prueba plena cuando a juicio del tribunal tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento. O sea, no es lo mismo que un medio constituya base de una presunción judicial (testimonio de oídas que se escucha de un tercero) que una presunción judicial que constituye por si misma prueba plena (ella sola) si reúne caracteres de gravedad y precisión.

2.2. Y si se trata de 2 o más testigos:

2.2.a. Cuyas declaraciones no pugnen con otras pruebas: La declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otras pruebas que no sean la testimonial (art 384 nº 2 CPC).

2.2.b. Cuyas declaraciones aparecen contradichas por las de otros testigos: Hay que privilegiar según las siguientes reglas:

- Entre calidad y cantidad, prefiere la **calidad**. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradichas con la de los otros testigos presentados por la contraria, se tendrá por cierto lo que declaren aquellos que, aún siendo menor en número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso. * Se aplica aquí el aforismo de que los testigos se **pesan y no se cuentan** (art 384 nº 3).

- A igual calidad, **prefiere la cantidad**. Si todos los testigos son iguales en calidad: prefieren los que concurran en mayor número (art 384 nº 4 CPC).

- Si todos los testigos son iguales en calidad y cantidad, se **anulan** entre si (384 nº 5).

- Finalmente, cuando sean contradictorias de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por esta. AQUÍ SE APLICA EL PRINCIPIO QUE ANTES VIMOS DENOMINADO DE ADQUISICIÓN PROCESAL*.

3. Por último podrá aceptarse el testimonio de los mayores de 14 años “sin previo juramento”, y estimarse como base de una presunción judicial cuando tengan discernimiento suficiente (art 357 nº 1 CPC).

13.- La prueba Confesional:

13.1. Concepto: Medio de prueba consistente en el reconocimiento de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas en contra de la persona que lo admite, producido a instancias de la contraparte o del tribunal.

13.2. La prueba confesional en el proceso penal: En el proceso civil la prueba confesional constituye un medio válido del que puede servirse una parte para demostrar un hecho mediante la admisión que del mismo haga la contraria. La parte contraria no puede sustraerse de este medio de prueba, tanto es así como que si no responde las preguntas contenidas en el pliego de posiciones quedará confeso de todos los hechos que aparezcan afirmados categóricamente. En el **proceso penal***, en cambio, no existe el medio de prueba confesional ya que el primer derecho del imputado es a **guardar silencio**, lo que no impide que preste declaración, VOLUNTARIAMENTE, y como medio de defensa suya, es decir, si declara no lo hará como consecuencia de una conminación de resultados adversos por guardar silencio. Ahora bien, allanándose voluntariamente a prestar declaración el imputado nada impide al tribunal valorar su declaración en lo que de ella le resulte adverso al propio declarante.

13.3. Características: Para que proceda la prueba confesional se requiere:

1. Que verse sobre hechos pertenecientes al juicio: Así lo dice el art 385 CPC: “sobre hechos pertenecientes al mismo juicio...”.

2. Que el confesante tenga capacidad suficiente de obligarse por medio de la confesión: Este requisito cobra aplicación cuando la confesión proviene de un representante legal o convencional, que al reconocer un hecho exceda los límites de las facultades que detenta para obligar a su representado. Si así lo hiciere, la confesión sería ineficaz.

3. Que no exista prohibición legal de rendir este medio o le asigne un efecto diverso al deseado. Ejemplo de prohibición: Art 1713 en relación con el art 1701 CC**. Ejemplo de efecto diverso al deseado:** Art 398 CPC.

4. Que la voluntad del confesante esté exenta de vicios*: Uno de ellos; el error, aparece recogido expresamente en el art 402 CPC, y permite al confesante que lo padece revocar la confesión.

13.4. Clasificación de la confesión:

1. En cuanto al contexto en que se presta:

a) Confesión judicial: Es la que se presta dentro del juicio en que se la invoca.

b) Confesión extrajudicial: Es la que se vierte en juicio diverso o fuera de juicio (como en una escritura pública).

2. En cuanto al origen: Puede ser espontánea o provocada.

a) Confesión espontánea: Es la que se rinde voluntariamente, sin requerimiento del tribunal o de la parte interesada.

b) Confesión provocada: Es la que se provoca a petición de parte, mediante el mecanismo de la absolución de posiciones.

3. En cuanto al modo cómo se presta:

a) Confesión expresa: Es la que se formula en términos categóricos y formales.

b) Confesión tácita: Es la que tiene lugar en los casos expresamente señalados por la ley, a título de sanción al litigante rebelde a prestar confesión expresa.

4. En cuanto a la forma:

a) Confesión verbal: Es la que se practica de viva voz y ante testigos.

b) Confesión escrita: Es la que consta en un documento, sea público o privado.

5. En cuanto al contenido

a) Confesión simple: Es aquella en que la parte confiesa el hecho, sin agregar nada que lo modifique o altere en sus consecuencias. Ej: Sí; es efectivo, yo recibí la suma de $...

b) Confesión calificada: Es aquella confesión en que el confesante reconoce el hecho; pero le agrega otro que altera su naturaleza jurídica. Ej: Sí; es efectivo, yo recibí la suma de $...; pero a título de donación y no de mutuo.

c) Confesión compleja: Es la confesión en que el confesante reconoce el hecho, sin calificarlo de un modo diverso al que viene propuesto por la contraparte, pero le agrega otro hecho que viene a destruir en todo o en parte los efectos jurídicos del primero. Ej: Sí; es efectivo, yo recibí la suma de $...; a título de mutuo, pero lo pagué.

6. Según sus efectos: Puede ser divisible o indivisible.

a) Confesión divisible: Es aquella que permite fraccionar los hechos confesados, conservando los que perjudican al confesante y despreciando los demás.

b) Confesión indivisible: Es la que no permite dividir los hechos confesados. Esto solo ocurre con las confesiones simples.

7. Según la iniciativa:

a) Confesión a petición de parte: Es la que surge a instancia de la parte interesada y mediante el mecanismo de la absolución de posiciones.

b) Confesión de oficio: Es la que surge a iniciativa del tribunal, mediante la dictación de una medida para mejor resolver (art 159 nº 2 CPC).

8. Según su finalidad: Se clasifica en medida prejudicial, medio probatorio y gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

a) Confesión como medida prejudicial: Es aquella destinada a preparar la entrada al juicio y que puede pedir el futuro demandante del futuro demandado acerca de un hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes, como igual aquella destinada a procurarse un medio de prueba que pueda desaparecer y que puede pedir el futuro demandante del futuro demandado si hay motivo para temer que el contendor se ausente en breve término del país, y que absuelva posiciones sobre hechos calificados de conducentes por el tribunal.

b) Confesión como medio probatorio: Es aquella que se suministra en juicio para acreditar algún hecho controvertido perteneciente al mismo.

c) Confesión como gestión preparatoria de la vía ejecutiva: Es aquella que permite obtener un título ejecutivo cuando no se tiene el documento que lo respalda (art 435 CPC).

13.5. Aplicación práctica: Aplicadas las categorías anteriores a una escritura pública, el resultado sería el siguiente:

1. Confesión **extrajudicial**
2. Confesión **espontánea**
3. Confesión **expresa.**
4. Confesión **escrita.**
5. Puede ser **simple, calificada o compleja.**
6. Puede ser **divisible o indivisible**, según los casos.
7. Al ser extrajudicial **no le resulta aplicable la séptima categoría.**
8. Es confesional, perteneciente a la categoría de **medio probatorio.**

13.6. Confesión judicial:

1. Concepto: Es aquella que se presta dentro del juicio en que se la invoca.

2. Características:

a) Puede ser voluntaria: Ocurre cuando cualquiera de las partes reconoce en sus escritos o en alguna de sus comparecencias un hecho controvertido que surte Efectos en su contra. Su fundamento arranca de lo dispuesto en el art 313 CPC.

b) Puede ser provocada: Se obtiene mediante el mecanismo de la absolución de posiciones. Y según sea la actitud que adopte la parte que deba confesar, esta puede ser expresa o tácita; en todo caso será escrita, y en cuanto a su contenido podrá ser simple, calificada o compleja, lo que también permitirá deducir si estamos en presencia de una confesión divisible o indivisible.

c) Además, la confesión judicial provocada puede surgir a **petición de parte o de oficio**.

3. Tribunal competente: Hay que distinguir: Si el confesante tiene o no su residencia en el lugar que se sigue el juicio; y aún, en el segundo caso, si el litigante que debe confesar tiene su residencia en la república o en el extranjero. De este modo:

a) Si el litigante reside en el lugar en que se sigue el juicio: El tribunal competente es el mismo que conoce de la causa.

b) Si el litigante reside fuera del lugar en que se sigue el juicio, pero dentro del territorio de la república: Será competente el de la respectiva residencia del confesante (art 397 CPC).

c) Si el litigante ha salido del territorio de la república: Será competente el respectivo agente diplomático o consular chileno.

4. Funcionario competente: Nuevamente se hace necesario distinguir: Si la comparecencia ha de verificarse ante el tribunal que conoce del juicio, o bien, ante el tribunal de la residencia del confesante, en principio, la diligencia se practica ante el mismo juez; a menos que se cometa expresamente al secretario o a otro ministro de fe, y sin perjuicio del derecho de cualquiera de las partes para pedir que la confesión sea tomada por el mismo juez (art 388 CPC).

Si la comparecencia, en cambio, ha de verificarse ante un tribunal colegiado, la diligencia podrá comisionarse ante uno de sus miembros.

Si se verifica en el extranjero la diligencia se entrega a los funcionarios que intervengan como agentes diplomáticos o consulares.

5. Oportunidad y veces en que puede pedirse prueba confesional: El art 385 CPC regula esta materia dando las siguientes reglas:

a) En primera instancia: La ley permite que la confesión se exija en cualquier estado del juicio, CONTESTADA QUE SEA LA DEMANDA (o sea, antes del inicio del término probatorio), sin suspender el curso del juicio, y hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia.

b) En segunda instancia: También se puede solicitar esta diligencia, antes de la vista de la causa.

Este derecho se podrá ejercer hasta dos veces en primera instancia y una vez en segunda. Pero si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más (total 3). O sea, tres veces en primera instancia y dos veces en segunda (total 5, en rigor).

6. Iniciativa: La tienen las partes y el tribunal.

a) Las partes: Podrán servirse de ella las partes directas y los terceros.

b) El tribunal: Podrá instar por la prueba confesional bajo la fórmula de una medida para mejor resolver.

7. Personas obligadas a prestar declaración confesional:

a) El litigante mismo: Poco importa que el litigante haya comparecido asistido por mandatario común o especial, ya que éste tiene la obligación de hacer comparecer a su mandante para absolver posiciones en el término razonable que el tribunal designe bajo

apercibimiento legal (art 397 inc 1º CPC). Por lo tanto, para lograr la comparecencia del litigante mismo a prestar confesión judicial redactaremos el escrito de este modo: "Sírvase s.s. decretar la comparecencia PERSONAL de la parte xxx a prestar confesión conforme al tenor del pliego que se acompaña a este escrito en sobre cerrado". La indicación "personal" suprime la posibilidad que sea el mandatario quien preste declaración por el mandante (art 7 inc 2º CPC).

b) El representante legal: La comparecencia obligatoria de este se impondrá cuando el litigante (la parte misma) sea un incapaz.

c) El mandatario o apoderado especial: Podrá comparecer, absolver posiciones, siempre que la contraparte no exija la comparecencia personal de la contraria al juicio.

8. Forma de proceder:

a) La parte debe presentar una solicitud escrita.
b) Tal solicitud se proveerá con citación, expresando si se comete al secretario o a otro ministro de fe (art 388 CPC).
c) La resolución se notifica por cédula (art 48 CPC).
d) Junto con la solicitud de la parte se presentará una nómina de hechos, llamado "pliego de posiciones", que se mantendrán en reserva, en sobre cerrado, hasta que se cumpla el trámite (art 387 CPC)
e) Los hechos sobre los que se pide declarar podrán venir expuestos en forma asertiva ("diga como es efectivo que usted compró, arrendó, entregó, etc") o interrogativa ("diga si es cierto o no que usted compró, arrendó o entrego"), pero siempre en términos claros y precisos (art 386 CPC). La importancia de los hechos propuestos en forma asertiva es que si la parte no comparece al segundo llamado que haga el tribunal (por cada vez en que se pida la confesión se hace siempre un doble llamado), o si, compareciendo, da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos que estén categóricamente afirmados (art 394 CPC).

9. Actitudes del confesante citado a declarar: El litigante puede asumir 2 actitudes:

a) No asistir a declarar: En este caso se le volverá a citar, bajo el apercibimiento del art 394 CPC.

b) Asistir a declarar: En este caso, la actuación consistirá en tomarle juramento (art 390). Luego se abrirá el sobre de posiciones. Si se trata de hechos personales, deberá prestarse la confesión afirmándolos o negándolos, pero el tribunal podrá, sin embargo, admitir la excusa de olvido de los hechos, en casos calificados cuando ella se funde en circunstancias verosímiles y notoriamente aceptables (art 391 CPC).

El litigante que ha exigido la confesión de su contraparte puede presenciar la declaración de esta y hacer al tribunal las observaciones que estime conducentes para aclarar, explicar o ampliar las preguntas que han de dirigirse.

10. Sanciones aplicables al confesante rebelde: Confesante rebelde es tanto aquel que no comparece a prestar confesión al segundo llamado que s ele hace, cuanto aquel que compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas.

Hay que distinguir:

a) Si los hechos que figuran en el pliego aparecen categóricamente afirmados, o sea, expresados en forma asertiva, a petición de parte, se le dará por confeso al litigante rebelde (art 394 CPC).

b) Si los hechos no figuran categóricamente afirmados, o sea, si figuran expuestos en forma interrogativa, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa que no baje de medio sueldo vital ni exceda de 1UTM, o arrestos hasta por 30 días, sin perjuicio de exigirle la declaración.

Si la otra parte lo solicita podrá también suspenderse el cumplimiento de la sentencia hasta que la confesión se preste (art 394 CPC).

13.7. La confesión extra judicial:

1. Fuente legal: Art 398 CPC, a propósito de su valor probatorio.

2. Concepto: Es aquella que se presta fuera de juicio, o dentro de juicio, pero ante tribunal diverso de aquel que conoce del pleito y en el cual se le invoca como medio probatorio.

Por lo tanto, si tramitándose dos juicios en tribunales diversos y en uno de ellos, donde no se ha pedido la confesión, un litigante hace una afirmación en sus escritos que lo perjudica, esa confesión será extra judicial, comparada con la que llegue a pedirse en el segundo de los juicios.

3. La confesión extra judicial puede ser verbal o escrita: Es **verbal** la que se presta de viva voz y ante testigos. Es **escrita** la que consta de un documento público o privado.

13.8. Valor probatorio de la confesión: Hay que distinguir si estamos en presencia de una confesión judicial o extra judicial.

1. Valor probatorio de la confesión extra judicial: Si es puramente verbal solo se tomará en cuenta en los casos en que sería admisible la prueba de testigos. Esto significa que si dos testigos presenciaron como un tercero confesó que hacía entrega a otro de una cosa

que vale más de 2 UTM, la declaración de los primeros no sería admisible en juicio (art 398 CPC). Recordemos que existe una limitación a la prueba testimonial y que consiste en que no se puede probar por testigos lo que debe constar por escrito, y debe constar por escrito las obligaciones que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 UTM. Nótese, sin embargo, que la limitación rige en la prueba de obligaciones, y dentro de ellas, que deban constar por escrito; no así, en cambio, en la prueba de hechos o sucesos que queden fuera del ámbito contractual, por lo tanto, el daño moral, un accidente, una simple afirmación, si admiten la confesión demostrada por este conducto testimonial.

Dejando atrás el límite anterior, que opera en la confesión extra judicial verbal (que se presta de viva voz y ante testigos) demos ahora las **reglas del valor probatorio** de la confesión extra judicial. Distingamos al efecto:

a) Si la confesión extra judicial no se presto a presencia de la parte que la invoca, ni ante juez incompetente, aún cuando ejerza jurisdicción, ni en otro juicio diverso, su valor probatorio es solo **base** de una presunción judicial.

b) Si la confesión extrajudicial se presto a presencia de la parte que la invoca, o ante juez incompetente que ejerza jurisdicción, o en otro juicio diverso, se estimará siempre, **presunción judicial grave** (art 398 CPC, el cual debe relacionarse con el art 426 inc 2º CPC). O sea, de la combinación del art 398 con el art 426 inc 2º CPC es posible concluir que una confesión extra judicial dada en los términos recién indicados hace plena fe probatoria.

c) Si la confesión se ha prestado en juicio diverso, pero seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de **prueba completa** habiendo motivos poderosos para así estimarlo (art 398 CPC).

Algunos ejemplos aclararán las ideas expuestas:

- Si Pedro, en un instrumento privado, una carta, hace una afirmación que le resulta adversa, dicha afirmación, por no haberse formulado a presencia de la parte que la invoca ni ante juez incompetente tiene simplemente el valor probatorio de “base” de una presunción judicial. La suma de otros indicios podrá añadirse a esta base para llegar a formar la convicción del tribunal.

- Si Pedro que litiga con Sergio hizo en una escritura pública en que fue su contraparte e mismo Sergio con quien litiga una afirmación que le resulta adversa, dicha afirmación, por haberse formulado por escrito y a presencia de la parte que la invoca como una presunción judicial grave, que conducirá a la plena prueba, supuesto que reúna las demás condiciones del art 426 inc 2º CPC. Lo mismo ocurrirá si Pedro, que litiga con Sergio hace una afirmación en un juicio que mantiene con Diego, ya que en este caso la confesión se ha dado ante un

tribunal incompetente “en relación al juicio donde la confesión se invoca” pero que ejerce jurisdicción.

- Por último, si Pedro que litiga con Sergio en un juicio iniciado en enero del 2009 hace una afirmación que le resulta adversa; y luego Sergio, en un juicio iniciado en Junio del año 2009 con Pedro invoca la confesión hecha en el primero de los juicios comenzado en enero, el mérito probatorio de esta afirmación será más poderoso que en el caso anterior en que la confesión se prestó ante un tribunal incompetente en causa seguida por un tercero, diferencia de este caso en que la confesión se presta ante un tribunal incompetente, pero en un juicio seguido entre las mismas partes, evento en el cual la prueba o eficacia probatoria será la de prueba completa habiendo motivos poderosos para así estimarlo.

2. Valor probatorio de la confesión judicial: Deben aquí tenerse en cuenta los art 399 CPC y 1713 CC. Dispone el primero que “los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial en conformidad a lo que establece el art 1713 CC y demás disposiciones legales. Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quién representa producirá también prueba la confesión”. Por su lado, el art 1713 CC establece: la confesión que alguno quisiere en juicio por si, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito, salvo los casos comprendidos en el art 1701 inciso primero y los de más que las lees exceptúan.

De estas normas resulta que: La confesión de **hechos personales** constituye plena prueba. Así surge del art 1713 CC y 402 CPC. Este último precepto añade lo siguiente: “no se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio”.

Si la confesión recayere sobre **hechos no personales** del confesante, también producirá prueba la afirmación que se haga acerca de ellos (ver art 1713 CC). Sin embargo, por tratarse de hechos no personales, a diferencia de lo que ocurre con el inciso primero del art 402 CPC, que trata de la confesión de los hechos personales, se admite, en este segundo caso, rendir prueba en contrario.

En suma, en materia de valor probatorio de la prueba confesional judicial se distingue:

a) Si se trata de hechos personales (yo fui, yo estuve, yo hice yo presencie) confesados en juicio, no se admite prueba en contrario, salvo que se padezca de error de hecho y se pruebe tal circunstancia.

b) Si se trata de hechos no personales (ellos dijeron, él entrego, mi contraparte dijo) se admite prueba en contrario, padézcase o no de error de hecho.

En otras palabras, el que confiesa un hecho no personal siempre puede rectificarse demostrando lo contrario, y aunque no haya padecido de error. En cambio, el que confiesa un hecho personal no puede rendir prueba en contrario (402 inc 1º CPC) salvo que pruebe error de hecho.

No está demás recordar que la confesión prestada por medio de apoderado especial o de representante legal, los que normalmente expondrán sobre hechos no personales, no pueden obligar al mandante o representado, si con sus afirmaciones exceden el ámbito de la representación convencional o legal.

13.9. Efectos de la confesión:

1. Enunciación: Dos son los efectos de la confesión: la indivisibilidad y la irrevocabilidad.

a) Indivisibilidad: Consiste en que la declaración del confesante no puede dividirse o fraccionarse para extraer de ella lo que perjudica al confesante y despreciar lo que le beneficia. En otras palabras, la confesión se toma como un todo, salvo que estemos en presencia de las confesiones complejas y calificadas, según se dirá.

b) Irrevocabilidad: Consiste en que una vez prestada la confesión no hay, por regla general, manera de retractarse de lo dicho.

La indivisibilidad y la irrevocabilidad tienen excepciones.

13.10. Excepciones a la indivisibilidad: Conforme al art 401 inc 1º CPC la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante salvo que se den estas circunstancias:

1. Que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre si: El art 401 nº 1 establece como requisito para dividir una confesión el que esta contenga hechos diversos desligados entre si. Esto significa que una confesión simple, es decir, que solo contenga un hecho, no puede tolerar la división, cual sería el caso que consultado el absolvente o confesante acerca de ser deudor de una suma de dinero conteste de este modo: "No. Yo jamás he recibido dinero alguno del demandante". En este caso estamos frente a una confesión que contiene un solo hecho, a saber, que no se recibió dinero alguno. Para que pueda pensarse siquiera en la división es necesario que el confesante añada otro hecho, enteramente desligado del primero, cual sería alguno de estos dos casos:

- Caso nº 1: "Sí. Recibí la suma de dinero que reclama el demandante; pero lo pagué".
- Caso nº 2: "Sí. Recibí la suma de dinero que reclama el demandante; pero a título de donación y no de mutuo".

2. Supuesto que el confesante añada un predicado que permita, tolere o soporte la división: Regirá en este evento el art 401 nº 2 CPC, es decir, que el contendor (es decir,

el que pidió la confesión) justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado. De este modo, y sirviéndonos de los ejemplos propuestos en el párrafo anterior, el contendor tendrá que demostrar alguna de estas dos cosas: Que no se pago la deuda, o bien, que no se entregó a título de donación. Logrando esta prueba la confesión, compleja en el primer caso (Sí. Recibí el dinero pero lo pague), y calificada en el segundo (Sí. Recibí el dinero que reclama el demandante pero a título de donación) la confesión se dividirá en perjuicio del confesante tomando de ella el hecho adverso (Sí. Recibí el dinero) y despreciando el predicado que le favorecía (pero lo pague/ a título de donación).

En otras palabras, para que se pueda dividir la confesión se requiere:
a) Que la confesión soporte o tolere la división, es decir, que **no sea simple**, lo que equivale a decir que sea **compleja** o **calificada.**
b) Que el predicado en que consiste la confesión compleja o calificada es **falso**, conforme la prueba que rinde el contendor.

13.11. Excepciones a la irrevocabilidad: Se refiere a esta materia el art 402 CPC.

La materia exige distinguir:

1. Si la confesión recae en un hecho personal: No se puede retractar o revocar la confesión hecha por el confesante, SALVO que pruebe que padeció de un error de hecho.

2. Si la confesión recae en un hecho no personal: Siempre se permite la retractación o revocación, haya o no padecido el confesante de error de hecho. La razón es sencilla, es más difícil equivocarse en hechos propios que en hechos ajenos, para los primeros hay más exigencias (error de hecho), para los segundos hay menos (no es necesario padecer de error de hecho).

14.- Inspección Personal del Tribunal:

14.1. Concepto: Es el examen personal y directo que hace el tribunal de hechos o circunstancias materiales controvertidos en el pleito.

14.2. Naturaleza jurídica: Se discute en doctrina la naturaleza jurídica de la inspección personal. Algunos dicen que no es un medio de prueba, si no que una manera para apreciar, en terreno, otro medio de prueba que sería la cosa objeto del reconocimiento, una suerte de apreciación de una evidencia que constituye propiamente el medio probatorio. Otros contra-argumentan que sí es un medio probatorio. Su única diferencia con los restantes es que se trata de un medio de prueba directo que supone la intervención del juez que informa su convicción por la apreciación personal de lo que observa o percibe.

14.3. Clasificación:

1. Judicial: Es el que se practica previo decreto del juez con conocimiento de la parte contraria.

2. Extrajudicial: Es el que se practica en forma privada, de propia iniciativa, o bien, circunstancialmente. Como se comprende, solo el reconocimiento judicial surte efectos jurídicos ya que todas las diligencias de prueba, para respetar el principio de bilateralidad, deben efectuarse previo decreto judicial notificado a las partes. Caben aquí, plenamente, las explicaciones del jurista Stein, quien rechaza el saber privado del juez como medio de prueba; no porque el conocimiento del juzgador sobre un hecho o circunstancia sea poco confiable, sino porque deja de estar sometido al control de las partes, quienes pierden la posibilidad de hacer observaciones o alegaciones sobre el particular.

14.4. Según la iniciativa: La inspección personal puede venir exigida por la ley, o bien por el tribunal de oficio o en fin, a instancia de parte.

1. La **ley** exige la inspección personal del tribunal en ciertos casos, como ocurre con el art 571 y 577 CPC.

2. También puede decretarse de oficio por el **tribunal**, como medida para mejor resolver (art 159 nº 3 CPC).

3. Por último, la inspección personal del tribunal puede surgir a instancia de **parte**, y puede revestir la forma de una medida prejudicial (art 281 y 288 CPC), tendiente a preparar la entrada al juicio, o la de medio probatorio propiamente tal.

14.5.- Requisitos de procedencia:

1. Que se trate de acreditar hechos o circunstancias materiales controvertidos en el juicio (art 408 CPC).
2. Que el tribunal estime necesaria la inspección personal solicitada (art 403 CPC).
3. Que el tribunal así lo decrete (art 403CPC)
4. Que la parte que haya solicitado la inspección, antes de proceder a ella, deposite en manos del secretario del tribunal la suma que éste estime necesaria para costear los gastos que se causan (art 406 CPC).

14.6. Tribunal que practica el reconocimiento: Se distingue.

1. Si el objeto materia de examen se encuentra dentro del territorio jurisdiccional del tribunal ante el cual se sigue el juicio: En este caso será el propio tribunal de la causa quien practique la revisión.

2. Si el objeto está fuera del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce de la causa: Hay dos caminos. Uno de ellos es acudir a la competencia delegada, valiéndose de un exhorto. El otro es que sea el propio tribunal el que se constituya en el territorio jurisdiccional de un tribunal diverso y practique el examen de un modo personal. Con esto último se hace excepción al principio de la territorialidad; lo cual es muy comprensible, si se piensa en que el juez formará su convicción mediante la observación y directa del objeto sujeto a examen, labor que puede resultar indelegable.

14.7. Combinación con otros medios de prueba: La inspección personal del tribunal, por su propia naturaleza, se presta para la combinación con otros medios de prueba, tales como la prueba testimonial y la pericial. Nuestra legislación, solo permite la combinación con la prueba pericial (no con la testimonial). El art 404 CPC, permite a las partes solicitar que se oigan informes de peritos en el acto del reconocimiento, que el tribunal ordenará si a su juicio la medida es necesaria para el éxito de la inspección.

14.8. Valor probatorio de la inspección personal del tribunal: Responde a esta interrogante el art 408 CPC diciendo que la inspección personal constituye PRUEBA PLENA en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

15.- La prueba Pericial

15.1. Concepto: Es aquella que se rinde mediante la agregación a los autos de peritos.

15.2. Procedencia: El informe de peritos puede ser obligatorio o facultativo.

a) Obligatorio: En todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales. Así ocurre cuando la ley ordena que un asunto se resuelva en juicio práctico o previo informe de peritos (art 409 y 410 CPC).

b) Facultativo: En los casos del art 411 CPC, esto es, cuando se requiera del conocimiento de una ciencia o arte para la apreciación de un hecho, cosa o persona objeto del examen pericial. También se ordenará, en esta modalidad facultativa, cuando sea necesario para la apreciación de puntos de derecho referentes a una legislación extranjera.

15.3. Clasificación:

a) Puede ser obligatorio o facultativo.
b) Puede ser a iniciativa de parte o de oficio, a instancia del tribunal, como medida para mejor resolver.

15.4. Oportunidad para decretarlo: El reconocimiento de peritos puede practicarse EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO, ya sea de oficio o a petición de parte. En cualquier estado del juicio se entiende desde de la notificación de la demanda hasta el decreto que cita a las partes a oír sentencia. En segunda instancia también puede decretarse la prueba pericial, siempre que las partes no se hayan valido de este medio probatorio en primera instancia (art 207-412 CPC).

15.5. Procedimiento:

1. Formalidades previas a la designación:

a) La gestión la inicia la parte mediante solicitud escrita.
b) El tribunal, proveyéndola, cita a las partes a una audiencia con el objeto de designar al perito (art 414 CPC).
c) Esta resolución se notifica por cédula, por ser de aquellas que ordenan la comparecencia personal de las partes (art 48 CPC).
d) La audiencia se realiza con la parte que asista y tiene como objetivo preciso los siguientes: Designar la persona o personas de los peritos, fijar el número de los que deban nombrarse, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener; y, en fin, el punto o puntos materia del informe (art 414 CPC)
e) El tribunal procurará obtener el acuerdo de las partes sobre las materias anteriores; en caso contrario, será el tribunal el que decidirá acerca de ellas, se entiende que hay desacuerdo cuando deje de asistir alguna de las partes citadas al comparendo, no pudiendo recaer la designación que haga el tribunal, frente al desacuerdo de las partes, en ninguna de las personas propuestas por ellas (art 415 CPC). Aquí se hace necesario recordar que el modo de la designación judicial de los peritos (que opera frente al desacuerdo de las partes) se aplica también a la designación del árbitro.

2. Formalidades posteriores a la designación:

a) La designación del perito se pondrá en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día deduzcan oposición (art 416 CPC).
b) Luego será necesario notificar al perito. Éste, a su vez, puede adoptar dos actitudes; una, rechazar el cargo; la otra, aceptarlo, en cuya caso deberá declararlo así jurando desempeñar el encargo con fidelidad (art 417 CPC).

3. El reconocimiento y la presentación del informe pericial: Tras la aceptación del cargo, el perito debe proceder al reconocimiento de la cosa objeto del estudio. El reconocimiento se encuentra sujeto al control de las partes, razón por la cual antes de practicarlo, deberá citar a las partes para que concurran al mismo, si lo desean (art 417 inc 3º CPC).

Cuando sean varios los peritos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice a proceder de otra manera.

Las partes que concurran al reconocimiento tienen un doble derecho y una doble prohibición. Pueden en el acto del reconocimiento hacer las observaciones que estimen oportunas y pedir que se haga constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos ni estarán presentes en ellas (art 419 CPC).

De todo lo obrado se levanta un acta (art 419 inc 3º CPC).

4. Presentación del informe pericial: El peritaje se entiende cumplido agregando el informe pericial a los autos, de conformidad a las reglas antes vistas.

Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual debe evacuarse el informe, y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos (art 420 CPC).

Cuando los peritos discorden en sus dictámenes, podrá el tribunal disponer que se nombre un nuevo perito, si lo estima necesario para la mejor ilustración de las cuestiones que debe resolver.

15.6. Valor probatorio del informe de peritos: El art 425 CPC establece sobre el particular lo siguiente: Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas DE LA SANA CRÍTICA.

16.- Presunciones:

16.1. Concepto: Es aquella que consiste en un razonamiento judicial, o bien, es aquella que se traduce en la aplicación de un precepto legal, que partiendo de un antecedente conocido arriba a un antecedente o hecho desconocido y controvertido en el pleito.

16.2. Elementos: Se distinguen en una presunción.

1. Los antecedentes o circunstancias conocidos, que reciben el nombre de indicios.
2. La operación o raciocinio que realiza el juez o que establece de antemano el legislador y que partiendo de un indicio conocido arriba al antecedente desconocido, el cual pasa a presumirse como existente.
3. El hecho desconocido propiamente tal, que tras la operación anterior pasa a ser conocido.

16.3. Clasificación: Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras, a su vez, pueden ser simplemente legales o de derecho.

El art 1712 CC establece: Las presunciones son legales o judiciales. Las **legales** se regla por el art 47. Las que deduce el **juez** deberán ser graves, precisas y concordantes.

Por su lado el art 47 CC estatuye que: “Se dice presumir el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama **legal**”.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley (presunción simplemente legal); a menos que la misma ley rechace expresamente esta prueba (presunción de derecho).

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias (o sea, supuesto que se acrediten los antecedentes conocidos).

16.4. Naturaleza Jurídica: Los autores estiman que las presunciones, más que medios probatorios son, tratándose de las de derecho, disposiciones que liberan a la parte a quien favorece la prueba, de rendirla. Son reglas que determinan el objeto de la prueba, o sea, excluyen el hecho que se presume de derecho como objeto de prueba, es decir, lo que viene presumido de derecho, al no admitir prueba en contrario, deja de ser objeto de prueba. En el caso de las presunciones simplemente legales, se dice, que son normas que invierten el peso de la prueba.

16.5. Presunciones judiciales: Son presunciones judiciales aquellas en que el juez es el que, de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, infiere un hecho desconocido en el proceso.

El art 1712 inc 2º CC, prescribe que las presunciones que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes. Sin embargo, y aunque el código civil plantea la pluralidad de presunciones, las que deben ser concordantes entre si, para arribar al antecedente desconocido el CPC se conforma con una sola presunción, que reúna las características de gravedad y precisión para dar por establecido un hecho, cuando así lo estime el tribunal.

17.- Análisis comparativo del valor probatorio de cada medio en particular: El sistema de valoración de la prueba del CPC se caracteriza por ser de aquellos conocidos como de prueba **legal o tasada**, es decir, que es el legislador el que establece o asigna la eficacia probatoria de cada medio en particular. No se crea, sin embargo, que el carácter tasado del sistema de valoración de la prueba que emplea el CPC suprime por completo el arbitrio judicial, es decir, la ponderación que el propio tribunal puede hacer de cada medio en particular. Hay algunos casos en que la ley parece excluir al juez en su criterio de valoración, como ocurre con el valor probatorio de la inspección personal del tribunal (art 408 CPC),

medio que no utiliza términos facultativos de apreciación, sino que imprime legalmente, sin margen de movilidad, el valor probatorio a los hechos o circunstancias que se consignen en el acta que se levante al efecto. Otro tanto pasa con la confesión judicial, que no permite al juez concluir una cosa diversa de la que ha sido confesada judicialmente.

Sin embargo, cuando se examinan los otros medios de prueba se aprecia que el legislador no suprime el criterio judicial en la asignación final de la eficacia probatoria de un medio en concreto. Así ocurre con las presunciones, ya que el art 426 inc 2º CPC utiliza expresiones potenciales o facultativas al decir: "Puede constituir plena prueba...". Lo mismo puede señalarse respecto de la prueba pericial ya que su fuerza probatoria queda entregada finalmente a las reglas de la sana crítica. Algo similar ocurre con la prueba testimonial ya que el art 384 CPC vuelve a ampliar la expresión: "podrá constituir prueba plena". En lo que atañe a la instrumental, es cierto que el instrumento público y el privado reconocido o mandado tener por reconocido hace plena fe respecto del hecho de haberse otorgado y de su fecha (en esto último hay tasación legal plena), pero en cuanto a la verdad de las declaraciones contenidas en el documento público y en el privado reconocido, por tratarse de confesiones extrajudiciales, finalmente corren la misma suerte de una presunción judicial grave que puede formar convicción si reúne la característica de precisión y gravedad.

En suma:

- La inspección personal del tribunal hace plena prueba.
- Los instrumentos públicos y los privados reconocidos hacen plena prueba en cuanto al hecho de otorgarse y de su fecha. En los privados, la protocolización fija la fecha y en los privados con firma electrónica avanzada se requiere además de un fechado electrónico, dado por un certificador.
- La confesión judicial hace plena prueba.
- Las presunciones de derecho hacen plena prueba.
- Las certificaciones hechas en el proceso por un ministro de fe (secretario) a virtud de orden de tribunal competente hacen plena prueba (art 427 CPC).
- Los hechos declarados como verdaderos en otro juicio entre las mismas partes hacen plena prueba.

La prueba testimonial, reuniendo los requisitos del art 384, PUEDE hacer plena prueba.

La verdad de las declaraciones formuladas en un instrumento público o privado reconocido puede constituir plena prueba en los términos del art 426 inc 2º CPC.

La prueba de peritos se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica.

18.- Procedimientos posteriores a la prueba:

18.1. Enumeración:

1. Escrito de observaciones a la prueba (art 430 CPC).
2. Citación a oír sentencia (art 433 CPC).
3. Medidas para mejor resolver (art 159 y 433 CPC).
4. Agregación de la prueba rendida fuera del tribunal o rendición de una pendiente (art 431 CPC).
5. Sentencia definitiva.

18.2. Escrito de observaciones a la prueba:

a) Concepto: Consiste en una presentación escrita en que las partes formulan comentarios acerca de la prueba rendida por ellas mismas o por la contraria y el valor probatorio de que cada una surge.

b) Plazo: El escrito se presenta dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término probatorio.

18.3. Citación a oír sentencia:

a) Concepto: Consiste en una resolución judicial, que tiene naturaleza de decreto, elevado a la categoría de trámite o diligencia esencial, por medio del cual el tribunal da por cerrado el debate dando inicio a la etapa de fallo.

b) Plazo: Vencido el plazo para hacer observaciones a la prueba (art 432 CPC). Igual citación se dispondrá en el caso del art 313 inc final CPC.

c) Iniciativa: La tiene el tribunal ya que se decreta de oficio.

d) Recursos: En contra de esta resolución solo podrá interponerse recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse dentro de tercero día. La resolución que falle la reposición será inapelable (art 432 CPC).

e) Efectos: Citadas las partes a oír sentencia NO SE ADMITIRAN escritos ni pruebas de ningún genero.

f) Excepciones al cierre del debate y prueba: A modo de excepción del efecto propio que trae consigo el decreto que cita a las partes a oír sentencia, con lo que se cierra el debate y las pruebas, el art 433 inc 2º CPC contempla las siguientes excepciones:

- El incidente de nulidad (art 83 y 84 CPC).
- Las medidas para mejor resolver (art 159 CPC).
- Las medidas precautorias (art 290 CPC).

- La expiración de los plazos establecidos en los art 342 nº 3, 346 nº 3 y 347 CPC que hubieren comenzado a correr al tiempo de la citación a oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción y la parte podrá, dentro de ellos, ejercer su derecho a impugnación. De producirse ésta, se tramitará en cuaderno separado y se fallará en la sentencia definitiva.

El listado anterior, sin embargo, no es completo, porque también puede formularse incidente de acumulación de autos (art 98 CPC), incidente de privilegio de pobreza (art 130 CPC), incidente de desistimiento de la demanda (art 148 CPC) y conciliación (art 262 CPC).

18.4. Medidas para mejor resolver:

1. Concepto: Son diligencias de tipo o naturaleza probatoria, en un amplio sentido de la palabra, que decreta el juez con la sola finalidad de esclarecer puntos oscuros o dudosos que haya dejado la prueba rendida por las partes.

2. Oportunidad: El art 159 CPC dice: “Los tribunales, solo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas”.

3. Enunciación: Sin perjuicio de los establecidos en el art 431 inc 1º CPC, podrán dictar algunas de las siguientes medidas:

a) La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
b) La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
c) La inspección personal del objeto de la cuestión;
d) El informe de peritos;
e) La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos obscuros o contradictorios; y
f) La presentación de cualquiera otros autos que tengan relación con el pleito.

4. Notificación: La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el art 433 CPC, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas.

5. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de 20 días contados desde la fecha de notificación de la resolución que las decrete. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

6. Término especial de prueba: Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a 8 días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal decida.

7. Recursos: Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo (159 inc 5º CPC) serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

18.5. Agregación de la prueba rendida fuera del tribunal o rendición de una pendiente: Dispone el art 431 CPC: No será obstáculo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal, por resolución fundada, la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso la reiterará como medida para mejor resolver y se estará a lo establecido en el art 159 CPC. En todo caso, si dicha prueba se recibiera por el tribunal, una vez dictada la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiere lugar a ello.

Sentencia definitiva

1.- Concepto: Es la que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

2.- Plazo: Debe dictarse dentro del plazo de 60 días desde que la causa quede en estado de fallo.

3.- Notificación: Por cédula (art 48 CPC).

4.- Ejecución: Si se trata de la sentencia definitiva hay dos tribunales competentes para conocer de su ejecución. Uno es el tribunal que la dictó en primera o única instancia, sometiéndose la ejecución a las reglas del procedimiento incidental de que trata el art 231 CPC. El otro tribunal con competencia para conocer de la ejecución de una sentencia definitiva es el que resulte de la aplicación de las reglas generales de competencia absoluta o relativa, sometiéndose el cumplimiento a las reglas del juicio ejecutivo de que trata el libro tercero del CPC. Recuérdese que esta opción está concebida solo para la ejecución de la sentencia definitiva y no para la ejecución de una sentencia interlocutoria, consecuencia natural de la regla general de competencia denomina de la “extensión”.